قطعة ثالثة من شرح الهداية من العناية
عربيات

الجزء الثالث من شرح الهداية ويسمى بالعناية
للعلامة الشيخ اكمل الدين البابرتي
رحمه الله تعالى برحمته ورضوانه

ثالثة
از قاضي خريده شد

الحمد لله وحده
فهرست مافيه

بيوع، صرف، كفالة، حوالة، ادب القاضي،
شهادات، رجوع عن الشهادات،
وكالة، دعوى، اقرار، صلح، مضاربة،
وديعة، عارية، هبة، اجارات،

١٢١٤

بسم الله الرحمن الرحيم وما توفيقي الا بالله عليه توكلت

قال رحمه الله كتاب البيوع لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله وذكر
بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع في
اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع قيد فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب
وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشي اذا شراه او اشتراه ويقال باعه الشي وباع منه ولاشتماله
على الانواع الآتي ذكرها جمعه وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله
عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع فانه
لم ينكره احد من المليين وغيرهم وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقا المقدور بتعاطيه يدل
على ذلك وقد بيناه ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول او ما دل على ذلك وشرطه من جهة العاقدين
العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على
التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممنوع مع كونه مالكا له لان
ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من
شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة
في الجارية والخيارات بطريق الضمن وانواعه باعتبار المبيع اربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها
بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار
الثمن كذلك المساومة وهي التي لا تلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها
قال رحمه الله البيع ينعقد بالايجاب والقبول ٥ الانعقاد هنا تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على
وجه يظهر اثره في المحل والايجاب الاثبات وسمي ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا والمتاخر قبولا وشرطهما ان
يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع
انشا تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف بالشرع اما ان البيع انشا فلان الانشا
اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة اما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك
فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا يكون الا منه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة
في الانشا فينعقد به هذا تقرير كلام الشيخ ولا بد من ضم شي الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ
الماضي والامر الدليل وهو ظاهر قال رحمه الله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل ٥ وانما لا
ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد
مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البايع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشتري
كان مساومة قيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال واما اذا
كان المراد ذلك فينعقد البيع واسند ذلك الى تحفة الفقها وشرح الطحاوي ثم قيل في تعليله لان صيغة
الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال
ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا
وضع له فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفا في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة
لعدم مصادفتها المحل وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال انه لم ينعقد
به وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقها

حقيقة في الحال على ما عرف فلا تحتاج الى النية ولا ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا
انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو الحلول لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج
الى ما ينفي ارادة الحقيقة لا ان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول دون الاثر فان قيل
ما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة
الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها مجاز محتاج الى النية قوله بخلاف النكاح يعني انه ينعقد بذلك
فان احدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد وقد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل
بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح قال رحمه الله وبقوله رضيت او اعطيتك ٥ هذا بيان ان انعقاد
البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال
رضيت او اعطيت اي الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي المبيع بذلك
الثمن انعقد لافادته المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك
فخذه لانه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضا فصار كل ما يودي معنى بعت
واشتريت سوا في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيد بذلك لان بعض العقود
قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما تقتضيه ولهذا اي ولكون المعنى
هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي
وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله ثم ان
محمدا رحمه الله اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي لتحققه قال رحمه الله واذا اوجب
٥ اذا قال البايع مثلا بعت هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شا قال في المجلس قبلت وان شا رد وهذا يسمى
خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي
فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب
ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال حق الغير فان قيل سلمنا ان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك
لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري بايجاب البايع وهو حق للمشتري فلا يكون
الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب ان الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك
حقيقة للبايع وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب البايع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة
ولا ينتقض بما اذا دفع الزكاة الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير
بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لا سيما ما هو اقوى منه قوله وانما يمتد الى آخر المجلس
يجوز ان يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب
عقيب خلوه عن القبول او يتوقف على ما ورا المجلس وتقرير الجواب ان في ابطاله قبل انقضا
المجلس عسرا بالمشتري وفي ابقائه فيما ورا المجلس عسرا بالبايع وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا
والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا
لليسر فان قيل فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج
والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ما ورا المجلس قال رحمه الله
والكتاب كالخطاب ٥ اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدي فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا
من فلان الغايب بالف فاذهب واخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل

البيع فيما الا في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير ينقل كلام المرسل اليه قال رحمه الله وليس له ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا واراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فيزال الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع لا محالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح واما اذا اوضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه ان يقال يتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضي البائع في المجلس هل يصح اولا اجيب بان القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف ايجاب لا قبولا ورضي البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سياتي وان كانت الصفقة متفرقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البائع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانها صفقات معنى والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتر وبيع وشرى وباتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحد الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور ويكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا واتحاد الجميع سوى البائع كان قالا بعنا منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرر لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرر لفظ الشرى هذا كله قياس واستحسان واما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرر لفظ البيع وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بلا تكرر لفظ الشرى فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه قال رحمه الله وايهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فترجح على الدلالة اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع ولزم وليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عيب او عدم رؤية خلافا للشافعي رحمه الله فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان

ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تعد من تفسيره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب قبل قبول المخاطب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والاخر محتمل للارادة لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلاميهما لان الباقي بعد كلاميهما حكم كلاميهما شرعا لا حقيقة كلاميهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التاويل منقول عن ابراهيم النخعي رحمه الله وقوله والتفرق يعرق الاقوال جواب عما قال ان التفرق عرض فيقوم بالجوهر والقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا اما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الاية وقال لا نفرق بين احد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق امتي على ثلث وسبعين فرقة وهو ايضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه ايضا كذلك على ان ذلك يصح على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب ابي حنيفة فان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى ان يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى جهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده وهذا معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف او نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي ويترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من اداء حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التاويل اعني حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها الاعواض المشار اليها ثمنا كانت او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا يفضي الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه في التعريف وكون النقاص ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سياتي وهذا انما يستقيم اذا لم يكن الاعواض ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربوا وانما لم يتقيد من الكتاب لان ذلك ما يتعلق بالربوا وهذا الباب ليس لبيانه قال رحمه الله والاثمان المطلقة لا تصح الا ان يكون معروفة القدر والصفة الاثمان المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد الا ان يكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة لكونه بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال رحمه الله ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي رحمه الله المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ينتقض بالاعتاق وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة تقابل عن الغرار وهو منقوض بالمثليات فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طريقي اصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات

الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى اجل بدلا عن غيرها فانها اثمان وليس اشتراط الاجل لكونه
ثمنا بل لتصير ملحقا بالسلم كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمترد بينهما
كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها اثمان نظرا الى انها مثلية
كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعة وان قابلها اعيان وهي معينة فهي مبيعة واثمان لان البيع لا بد له منهما
وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا من الاخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كانت اعني المكيلات والموزونات
غير معينة فان دخلت فيها البا مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة قد وصفها كانت ثمنا وان دخلت
في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كانت مبيعا ولا يصح الا سلما بشروطه هذا ملخص كلامهم في هذا
الموضع واقول الاعيان ثلثة نقود اعني الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك
ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع
المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز اللفظ بدخول البا وعدمه
قال رحمه الله ومؤجل هذا البيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع ولما روي
انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه لكن لا بد ان يكون الاجل معلوما
لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البايع في مدة قريبة والمشتري
يؤخر الى بعيدها قال ومن اطلق الثمن كان على غالب نقد البلد هذا ومن اطلق الثمن عن ذكر الصفة دون
القدر كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان
في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدها واعلم اني اذكر لك في
هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها على متن الكتاب حلا له فاني ما وجدت
من الشارحين رحمهم الله من تصدى لذلك على ما ينبغي قوله اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما
ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية دون الرواج او في الرواج دون المالية او لا يكون
في شيء منهما بل بمجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان
الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى
الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم
واذا عرف هذا فقوله فان كانت النقود مختلفة يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري افضل
في المالية من المغربي اذا فرض استواؤهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة تفضي الى النزاع اشارة الى القسم
الثاني الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدها في المجلس وقوله او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف البيع اليه تحريا
في الجواز اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث لان كون احدهما اروج اعم من ان يكون مع اختلاف
في المالية او مع استوا والبيع جائز فيهما وقوله ولهذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء
في الرواج اشارة الى القسم الثاني اعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي
وهو ما يكون الثلثة منه دانقا والنصرتي اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري ببخارى والاختلاف بين العدالي بفرغانة
ونحوها فان اهلها يسمون الدرهم عدليا وكل هذا مختلف في المالية مع التساوي في الرواج وقوله فان كانت
سواء فيها اي في المالية يعني مع الاستوا في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله جاز البيع اذا
اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي المتاخرون من المشايخ وينصرف اسم الدراهم الى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوه

٤

من اي نوع كان من غير تقيد بنوع معين لانه لا منازعة لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف في المالية وظهر من
هذا انعقد كلام الشيخ رحمه الله فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله كالثنائي
بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي
الى قوله جاز ولا يستقيم ان يجعل قوله كالثنائي الى اخره متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه
دانقا وما كان ثلثة منه دانقا لا يكون في المالية سواء لكن يمكن ان يكونا في الرواج سواء هذا ما سنح لي في حل هذا
الموضع والله اعلم بالصواب قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة هذا المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه
تقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة وبالحبوب غيرها كالعدس والحمص وامثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد
سواء كان البيع بجنسه او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان ما يدخل تحته
لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لا دلالة للحديث
على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة
مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقد ان قيمته بدرهم بخلاف ما
اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ويجوز باناء بعينه هذا اذا باع الطعام او الحبوب باناء بعينه
او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارها جاز لان الجهالة المانعة ما تفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان
التسليم في البيع متعجل عند رهلاك كل منها من الاناء والحجر قبل التسليم قبل ان يشكل هذا بما اذا باع احد العبيد الاربعة
على ان المشتري بالخيار يأخذ ايهم شاء ويرد الباقي او اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى
المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسد للعقد وهذا لا نزاع فيه
ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لمعنى اخر وهو عدم المعقود عليه لكونه
غير معين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروي عن ابي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس
كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز بانا مجهول القدر
وان كان معينا ولذا الحجر لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة في رواية
ان ذلك لا يجوز في البيع ايضا لانه كالسلم لكن البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر
فمعنى المجازفة المعقود عليه وهو ما يشار اليه ولا يعتبر بالمعيار ومن غيرها المعقود عليه من القدر ولم يوجد شيء منهما
فان العرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شيء من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل
فان المعيار المعين لم يبعد عن المجازفة واظهر من حيث الرواية قال ومن باع صبرة طعام هذا اذا قال البايع
بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس
او لا فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان وان كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند ابي
حنيفة وجملة القفزان كالاول عندهما لابي حنيفة رحمه الله ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة
تفضي الى المنازعة لان البايع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل
يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيحوز لان ساعات
المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا
بحكم اجل مجهول او شرط الخيار اربعة ايام اجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب
وتعد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض فلا يتعدى بالمجلس لضعفه
بطهور اثره في اليوم الرابع وبمنتد الاجل ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها في ابديهما وما كان كذلك فهو غير مانع
الا ان ازالتها بايديهما فانهما يتمكن كل منهما وقيد بقوله عندها احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها

اما بيد البايع لان كان هو الراقم او بيد الغير لان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالته واما ان
كل ما هو كذلك فهو غير جائز فلما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار واحد لابي حنيفة ان القياس
فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سياتي فيكون
ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزه ابو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا
ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البايع لان التفريق
وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به وهذا صحيح
اذا علمها ولم يسم واما اذا لم يعلم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره فلما راه فلا خيار له وفيه بحث
اما اولا فلان تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا
بالف ثم اشترى احدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصف الشريك ولا يجوز في نصيبه
ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار واما ثانيا فان قياس قول ابي حنيفة رحمه الله ان لا
غير المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلمه كما لو اشترى قنا مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه
ان البيع منصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا
على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول ابي حنيفة رحمه الله والجواب عن الاول
انا لا نسلم تفريق الصفقة لان الشرا لم يقع على الكل حتى يكون منصرفا الى البعض تفريقا وانما وقع على نصف
شريكه لا غير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى
قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف
البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما
وان لم يلزم على قول ابي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع ثم اين التفريق والاولى ان يقال قياس قول
ابي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما ايضا الكثرة وما ثمة مانع شرعي عن الصرف الى
الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل
عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي ان يقال فكان الواجب
ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عند قوله وكذا اذا كيل في المجلس
او سمى جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بد لذلك التعليل بل يقال لانه علم ذلك الان فربما كان في حدسه
او ظنه ان الصبرة تاتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزائد مجانا
وفي تركه تفريق الصفقة على البايع او نقصت فيحتاج ان يشتري من مكان اخر وهل يوافق او لا فصار كما اذا
راه ولم يكن راه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة واما اذا باع قطيع غنم كل شاة
بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة رحمه الله في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا
ان التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا ابيعت
مذارعة حكم الغنم اذا لم يسم جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا سماهما او احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب
وهو عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
او قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح اما الاولى فظاهر واما الثانية فلان المعقود
عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما
وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني واما عندهما فهو جائز

في الكل

في الكل لما قلنا ـ رحمه الله ومن ابتاع صبرة اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم
فلا يخلو عند الكيل من ان يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان الاول فذاك وان كان الثاني خير المشتري
بين اخذ الموجود بحصته وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالزائد
للبايع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان
وصفا والقدر اي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبايع لا يجب تسليمه
الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري ثم كان كل من العاقدين مخيرا فيها ان شاء باشرها او تركها واذا
كان المشترى مذروعا كان اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع فوجدها
اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما وصف في المبيع
لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما انه وصف فقد بينه بقوله لانه عبارة عن الطول
والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى
جارية فاعورت في يد البايع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا اي فلكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن
ياخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته
وقوله الا انه يتخير استثناء من قوله ياخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد
للمشتري ولا خيار للبايع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن فصار كما اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير
واعلم ان هذه المسئلة من اشكل مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال
بقوله لانه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه لا يجوز ان يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل او كثير ثم عشرة
اقفزة اكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم
في الاصل والوصف واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما لا يتعيب بالتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف
وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه اصل وقال بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان
غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل وقيل ما لا ينتقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو
قريب من الثاني والمكيل لا يضره التبعيض والمذروع يتعيب وعشرة اقفزة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشترى
بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقفزة واما الذراع
الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى معه فان الثوب العمامي مثلا اذا
كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا واذا عرف هذا عرف
ان القلة والكثرة من حيث الكيل او الوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار
فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري
بنقصان العيب كمن اشترى عبدا او اعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بايعه بالنقصان وكمال الاصابع
وصف لدخوله تحت حد الوصف المذكور اجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه
اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البايع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البايع كما
اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شبها بالاصل فاخذ
قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعني الثياب او المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم يكن
هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدها ناقصة
اخذها المشتري بحصتها من الثمن او ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فكان ينزل
كل ذراع منزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا اي اخذها
بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذ بجميع الثمن لم يكن المشتري اخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يرض الا بشرط ان يكون كل ذراع

بدرهم

لان كلمة على بابي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن
كان اصلا في المسئلة الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم مقابلة بعشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام الاحاد
على الاحاد واجيب بان الذراع اصل من وجه من حيث انه من اجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف
من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة بمر لو جعلنا عشرة اذرع منقسما على الافراد عند ترك
ذكر كل ذراع لزم القاعدة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا
بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى ان يقال
اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مقصودا فيه ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير اصلا اذا كان
مقصودا بالتناول وان وجدت زايدة اخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ فلانه ان
حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيتخير
واما لزوم الزيادة فلما بينا انه صار اصلا مشروطا واحد بالاقل لم يكن اجزاءا بالمشروط وفيه بحث
من وجهين اما الاول فهو ان كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان
العقد وارد على اثواب عشرة وقد وجدت احد عشر او تسعة على ما ياتي واما الثاني فهو ان الذراع
لو كان اصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي
احد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة واحدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب
عن الاول ان الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب
واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزايد لو لم يدخل كان بايعا بعض الثوب فيفسد البيع
فحكمنا بالدخول تحرزا عن الجهالة والقفيز الزايد ليس كذلك قال ومن اشترى عشرة اذرع
عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام اعني ان يكون المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم فسد
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع واشترى عشرة اسهم من
مائة سهم جاز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشرة اسهم من مائة سهم ولو كونها
عشرا فتخصيص الجواز باحدهما تحكم وله ان الذراع حقيقة في الالة التي يذرع بها واريد بها
ههنا ما يحل به فيصير مجازا لما عليه بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما عليه لا يكون الا معينا مشخصا
لانه فعل حسي يقتضي محلا حسيا والشائع ليس كذلك فما عليه لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم
جواز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم ههنا اذ لم يعلم ان العشرة من اي جانب من الدار
فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون
في الشائع والجهالة لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما
في جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار الى
قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع
من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان
جميع الدار هو الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما قاله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة
جملة الذرعان واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز وجعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع
بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثواب
عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقدار ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة اثواب
بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت

العقد

العقد ففي ردّه والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة واما اذا انتقص فلوجوب سقوط
حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا وح لا يدري قيمته
فيتفاوت حتى يسقط بمقابلته جهالة لانها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده واذا بين لكل ثوب
ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته
من الثمن وان شاء ترك لانه لم يتم شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا من قال
ان البيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة
فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة
وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في الكل خلافا لهما كذلك هذا واستدل على ذلك بما ذكر محمد
في الجامع رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما مروي والاخر هروي
فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الهروي ووجه
الاستدلال ان الغائب في مسئلة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في احد البدلين
مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما من الاصل اولى ان تفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان
ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يجهل الباقي وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول
في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد لان المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله
مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد
ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد
والمروي بفتح الراء وسكون الواو منسوب الى مرو والهروي منسوب الى هراة وهما قريتان بخراسان قال ولو اشترى ثوبا
واحدا اي اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد او نقص نصف ذراع قال ابو حنيفة
رحمه الله اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف ان زاد اخذه
باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد اخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف
ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم فيجري عليه من التجزية
وفي بعض النسخ تجري عليه اي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابي يوسف
انه لما افرد البدل صار كل ذراع كثوب على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء
من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد نقص ولابي حنيفة رضي الله عنه قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل
لا يقابله شيء من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع
فكان الشرط معدوما وما به زال موجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة
على العشرة والنقيصة كزيادة صفة الجودة فيسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت
جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية اما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه فتسلم الزيادة له لانه ولان الفصل
بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لا حد من يتضرر بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه
ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزا منها فصل مسايل هذا الفصل مبنية على قاعدتين
احدهما ان كل ما يتناوله اسم المبيع عرفا دخل في البيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع
اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال التي على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر ففي

في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصل فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها ولا يحتاج الى تسميته لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف كالفعل لا ثمر بها ولا البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم يكن داعية الى اليمين لا يعتد بها كالعدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم يعتد به وحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل به اي بالارض على ما ونل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غير مثمرة على الاصح ولا يحتاج الى تسمية للاتصال فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع فيها لا يدخل ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور لان الثمر ليس في وسعه فصل الحمل عن الام قال ومن باع نخلا اذا باع نخلا او شجرا عليه ثمر فثمرته للبايع الا ان يقول المشتري اشتريته مع ثمره لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمر للبايع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه السلام الثمر للبايع الا بالشرط الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله ولان الاتصال ولئن كان خلقة فهذا شان الى الاعتبار الثاني الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا وقال للبايع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمر ورفع الزرع وقال الشافعي يترك حتى يبدو صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب اما ان لا نسلم ان المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد وسلمنا لكنه مشترك فانهم قد يقطعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا حوله هنالك اشاره الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره التسليم واجب في صورة انقضاء الاجارة ايضا لان العرف من خطه بترك الاجر وتسليم العوض تسليم المعوض لا يقال فليكن فيما نحن فيه لذلك لما سياتي ولا فرق بينما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في كونه للبايع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في المبيع ويكون للمشتري وجه الصحيح انه لا يحل بيعه منفردا في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار وقوله واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وان لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم تنبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها كالمتاع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض واما اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا ولو نبت ولم يعد له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل وقال ابو بكر الاسكاف يدخل وقال الشيخ وكان وضع بعض الشارحين بتشديد الشين وهذا بنا على الاختلاف في جواز بيعه يعني من جوز بيعه قبل ان يناوله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوز جعله تابعا المشافر البعير شفته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل قال ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجر المثمرة اربعة الاول بعت الارض والشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها وفي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كان الثمر على الارض وعلى الشجر واما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح

وهل يدخل الكمثرى المثمر وغيرها ان يدخل الا بالذكر لانه ليس للبقاء عادة فيحط

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بدا صلاحها او لم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او في الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شمس الايمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده رحمهما الله ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لنهي النبي عليه السلام عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية اما الاولى فلما اشار اليه محمد رحمه الله في باب العشر لو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البايع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن البيع جائزا في اول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث انه تاويله اذا باعه بشرط الترك او انه للولوه النهي عن بيعها سلما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها او بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البايع قوله وهذا اشارة الى الجواز اي الجواز اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع اما اذا كان اشتراه على ان يتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك الغير او لان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون باجر او بغيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهي عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو جازت اعارة الاشجار واجارتها وليس كذلك نعم هو يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جائز فيكون صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها اما اذا تناهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض او الشجر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا اشتراط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم تتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البايع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الارض المغصوب به واذا تركها بغير اذنه بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حال من النيء الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمر اذا صار بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البايع شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم ولو اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستيجار النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخل لعدم التعارف فان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار لعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما يتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وهاهنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سنذكر واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا فيطيب له الفضل فان قيل لا نم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة ومن بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن يبطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتاخر للبرد والفاسد ماله تحقق من حيث

الاصل فامكن ان يكون متضمنا للشيء ويفسد لكن الشيء بفساد المتضمن واذا ابتع الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله
التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخل وتركها واثمرت ثمرا آخر فان كان قبل القبض
يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم
يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك للبائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار
الزائد قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي
بجوازه ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازه
ويقول اجعل الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا وبهذا شرط ان يكون الخارج اكثر قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ
يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا احدث بعده يشتركان والمخلص اي الحيلة في جوازه فيما اذا
حدث قبل القبض ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه وبهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز جعل
الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة هنا لامكان دفعها ببيع الاصول

ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك والمراد ان يبيع الثمر على
رؤوس النخيل او ثمر مجذوذ وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب ان مراده ما كان على النخيل واما المجذوذ فيجوز وهو
مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤوس النخل الا صاعا منها يجوز البيع لان المستثنى
معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء واستدل
بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف
ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة كما في نخله قال المصنف ولو اهنه رواية الحسن وهو قول الطحاوي
واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا يكون مانعة
واجيب بانا لا نسلم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر احسن ما يكون والمشتري
يدفع اليه ما هو ارد الثمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد
عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة لهذا المعنى وعن هذا قال بعض الشارحين يشير الى هذا قوله
ارطالا معلومة ورد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا او رطلا واحدا فالحكم كذلك ومانعه لا اما ان يبقى شيء
بعد الاستثناء او لا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون
المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس العرض
ذلك فجاز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة واما الثاني فلانه يكون ح استثناء الكل من الكل
فيبطل الاستثناء ويجوز البيع واجيب بان هذا باعتبار المال واما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء
شيء ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست مفضية الى النزاع فهو اول المسئلة قال المصنف اما على ظاهر الرواية
ينبغي ان يجوز وبه على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي
ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة
جائز فكذا استثناؤه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه لا يجوز استثناؤه وفي بيع اطراف
الحيوان منه وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فلذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون
المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد
والعلم فما جاز ان يقع معقودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا
الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه واما لو قال بعتك

هذا

لقوله لتراضيهما الى شيء من خطه

هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراد
العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا
الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب
فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة فان قيل ما الفرق بين
قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع
من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من
القطيع معنى واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل
كما عرف في الاصول فلم تكن افرادا واخراجا لحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط فان الشاة د
اولا في الجملة ثم خرجت حصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظير ما لو قال بعتك هذا العبد
الا عشره فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشره لم يصح فان قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان
ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب
انا لا نسلم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم يتيسر منه جهالة الى المستثنى منه بحسب
الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع قال ويجوز بيع الحنطة
في سنبلها والباقلى في قشره خلافا للشافعي فانه لا يجوز الا الحبوب كالحنطة والباقلى والارز والسمسم وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز بيع الباقلى الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد
واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا باع تراب الصاغة بجنسه ولنا
ما روى ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى تزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض
ويامن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى
ان يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعية كما عرف قوله ولانه حب منتفع به كانه جواب عن قوله
مستور بما لا منفعة له وتقريره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هو اي المبيع نفسه حب منتفع به ومن اكل
الفولية يشهد بذلك ولان الحبوب المذكورة يدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو انتفاع لا محالة
فجاز البيع كبيع الشعير جامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه
لاحتمال الربوا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لجهالة
قدر ما في السنبلة فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر
بعينه ولقائل ... في كون المبيع معلقا اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة
وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر واليه اشار ابو يوسف
قال ومن باع دارا ... الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا
دخل في البيع اغلاقها بناء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها
للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء
داخل في ذلك الشيء فان قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن
الا بالطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب ان الداخل في الداخل في الشيء داخل لا محالة وقوله الانتفاع
بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا ما الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا او من حيث السكنى والاول ممنوع فانه
يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم ولهذا
دخل الطريق في الاجارة لكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء

من خشب كان او حجر بدخل ولم يتصل لا يدخل قال واجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكايلة او الموزون موازنة او المعدود عدا واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واما اجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما تعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما ومن المالية الفضالانه الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه ولو كان البائع نعال لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع

باب خيار الشرط

قال رحمه الله خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا للعمل بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله سواء كان لاحد العاقدين او لهما جميعا او شرط احدهما الخيار لغيره ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله في الكل فيه ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لامة مخ اصابت راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام والخلابة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكما عديتم في من له الخيار فليتعد في مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الغرر يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتاجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر سلمنا انهما سوا لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الحادثة كان مصابا في الراس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت كان اولى بها فدل ان المقدر ينفي الزيادة

فان قوله ابا بعت بما دل البيع دال ان ... فقطه

سلمناه لكن في الكثير بمعنى الغرر ازيد وقد تقدم والقياس على التاجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلث جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا لزفر فان زفر رحمه الله يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد وابطل الخمر وكمن تزوج امراة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابي حنيفة رحمه الله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيجوز كما اذا باع بالرقم اعلم ان مشايخنا رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول ابي حنيفة رحمه الله فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الايمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه اسقط المفسد قبل تقرره اي قبل مضي ثلثة ايام تعليل على الرواية الاولى ونقرره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامهما على الشرط فاذا اسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال او غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق وقوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسايل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن دفعه ومن حيلنا في شرطه قال ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن ايام فلا بيع وبعا فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلثة والقياس وهو قول زفر ان لا يجوز لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط صحيح الاقالة في البيع مثل ان تقول بعتك هذا بشرط ان تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها اولى ان يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به وردنا بانا لا نسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة لزم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل واجيب بان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى لا يجوز البيع فما ساواه استحسانا من غير خلاف فيه اجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد الا بحضرة الاخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وجوزه محمد رحمهم الله اما ابو حنيفة فقد مر على اصله في الملحق ونفى الزيادة على الثلث وكذلك محمد مر على اصله في جواز الزيادة في الملحق به وابو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول

سلناه

ووجه ذلك ما قال المصنف وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين.
احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثر
ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر رضي الله عنهما
وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف
في الاصل اي في ثلاثة ايام باثر ابن عمر وهو ما روي ان عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم
ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلاثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز
كما مر قوله وفي المثلثة قياس لو تقدم معناه قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه قد تقدم ان خيار الشرط
قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج
من ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالمبيع يخرج من ملك البائع والثمن لا يخرج من ملكه بالاتفاق واذا
كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن من ملك البائع والمشتري بالاتفاق فاذا خرج المبيع من ملك البائع او الثمن
من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال ابو حنيفة رحمه الله لا يدخل وقالا
يدخل اما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فما ذكره من قوله لان تمام هذا السبب اي
العلة بالمراضاة لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية ولا يتم المراضاة بالخيار لان البيع به يصير علة اسما
ومعنى فيمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه
وان قبضه باذن البائع فان قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن
ابي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به
مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا يلحقها الاجازة
وهو معنى قوله لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون
بالقيمة فلانه مقبوض على جهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان
الاصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط
البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار واما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان
الخيار اذ ذاك وتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا
مطلقا عن الخيار وانما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلم على الصلاح واما دليل
خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج
البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر واما ان البدل اذا خرج من ملك من ليس
له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لما لم يخرج ماله من ملكه لو دخل
لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي
المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان
البدلان مجتمعين في ملك واحد واجيب بان قوله حكما للمعاوضة يدفع النقض لان ضمان المدبر ضمان
جناية وليس كل المعاوضة ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الاخر يكون زائلا
لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا للسدانة
الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة
وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بسوائب الاوقاف وعمل الاوقاف قد يعدم ورجح قول ابي حنيفة

بان شرعه

بان شرعه الخيار نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع
قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فيعود على موضوعه بالنقض قوله فان هلك في يده اي ان هلك المبيع
في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه بعدم
النفاذ وهو على ما لا يرتفع كان قطعت يده واما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة
وان لم ينفسخ بعد الارتفاع واما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكرنا ان هلاك
المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التفريع
ببيان الفرق ووجهه ان المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبضه وكذلك اذا هلك
والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبائع
فلا يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبائع لانه مهلك والبيع موقوف فيلزم القيمة
ومن اشترى امرأته هذه مسائل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج
المبيع من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته على انه
بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها وان وطئها له ان يردها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى
يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له ان يردها لان الوطء ينقصها وهذا يشير الى ان قوله وان
وطئها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها الوطء فاما اذا نقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه اشير في
شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه
المسائل نظائر في كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشترى على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري
لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما
بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط
لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء المعلق بالشرط كالمرسل عند الشرط ولو
انشأ العتق بعد شرائه بالخيار يعتق ويسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب ان ينوب عن
الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة اجيب بانه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر
فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق وفيه نعمل
الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار او بعضها
فاختارها لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده
سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا
والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا واجمعوا انه لو كان البيع باتا
بفسخ باقالة او غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ بعد القبض وان كان قبل القبض قياسا ولا يجب
استحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده قال صاحب النهاية لابد
من احد تأويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري او يكون
اشترى الامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير
ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرف
الولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى
قال وانما احتجنا الى احد التأويلين لانا لو اجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار

حيضة هي

او قبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها
بعد ما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه
عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار او بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة
لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما لما
ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا
ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك وللماذون
له ولاية ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والماذون ليس من اهله
فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه ابرا البائع عن الثمن قبل ان يملكه
اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابرا وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك
وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما وعنده بطل الخيار
والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبائع واسلم بطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار
للمشتري واسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اجازه المشتري صار له وان
رد صار الخمر للبائع والمسلم من اهل ان يملك الخمر حكما ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا
العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة
تحصل تارة صريحا بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به
نافذا وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري
الى حال لا يملك فسخه على تلك الحال له كهلاك المعقود عليه او تعيبه كما تقدم واما الفسخ فقد يكون
حقيقيا وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك
كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت جارية فوطيها او قبلها او يكون الثمن عينا فيتصرف المشتري فيه تصرف
الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الاخر وعدمه لانه فسخ حكمي
والشي قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البائع
او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الاخر اي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي رحمهما الله لابي يوسف
ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم
صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الاخر ومنع ذلك بعدم اشتراط
الرضا وحمل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غايبا لانه مسلط من جهته
ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة اما اذا كان الخيار للبائع
فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد يكون
القيمة اكثر من الثمن ولا خفا في كونه ضررا واما اذا كان للمشتري فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب
لسلعته مشتريا وقد تكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر
في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر الاخر فاسد لقيام الفارق
وهو الالزام ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسلط على الفسخ ممن لا يملكه غير
معقول ولا مشروع كالتملك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم
لان

لان مبني الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في التبايعات لانه لا الزام فيها وعورض بان ما ذكرتم من
الزام الغير ولزوم الضرر على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار
الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى واجيب بانه ضرر مرضي به من حيث ترك الاستيثاق
باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه
في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل
الزام وهو مشروع لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شي من الالزام كاسقاط الحمل عن الدابة
ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المراة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي
لا يرفع النكاح حتى يكون الرجعة الزام امر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالي النعم
فاستدامته بالرجعة لا يكون ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان
لم يعلم به لعدم الالزام بل هو بالتزامه او لانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو راى ضررا لما اقدم
عليه او لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام
لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار وهو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي
يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المراة
وان لم تعلم لانه لا امر في العدة او لكونه بايجاب الشرع نصا دون الطلاق بخلاف الفسخ المذكور في خيار الشرط
فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد او الاجازة وهو غير مرضي به من جانب الاخر فلا يلزمه الا بعلمه
قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كتى الداه
الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به الاستتار به المراد واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا
مات من له الخيار سواء كان البائع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار
فانه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى ورثته لانه حق ثابت لازم في
البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار ياخذ ايهما
شا ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشية وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث
فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له في المنقول فيكون
معمولا به لا يقال قال عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل
للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان
فهلا يكون الخيار كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك فان
ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل
عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف الملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط
الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار
في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص
ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه يثبت للوارث
ابتدا لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث
بما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال
البيع بشرط الخيار عقد لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا في نفي النقل

وما ذكرنا يدل على امتناعه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد او في حق الوارث
والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع قوله بخلاف خيار العيب جواب عما يقاس عليه وتقريره لا نسلم
انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك
لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشترى
بالعقد وطالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث
لانه على المشترى في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب هو الشرط لا يوجد في حق الوارث
ولذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار يسقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين
كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار الا ترى ان المورث كان
له ان يفسخ وكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت قال ومن اشترى
وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز وهو قيد لدلالة قوله فايهما اجاز جاز يعني
من المشترى وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار
اذا اشترط في العقد صار حقا من حقوقه واحكامه ولاحكامه بمقتضى الشرط المشروع شرعا وما كان من مواجب
العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشترى او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره
لكن العلماء الثلثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعوا الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد
فصار كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة
فيجعل كانه اشترطه لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين
احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضى ادنى منزلة من المقتضي الا ترى ان من قال لعبده حنث في يمينه كفر
عن يمينه بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفا
ان العاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت له الخيار اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط
وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الغير كفالة عنه لذلك والجواب عن الاول
بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك
لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعيه فرعه واما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا
لفرعه وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هو التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي
وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضي ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل
فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان المشترى اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا
لفرعه وهو المحال عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض
اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه ولو خرج الكلامان معا اختلف الرواية ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخا
كان او اجازة وفي رواية ما دون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه قول الاول ان تصرف العاقد
اقوى والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند عدم تصرف المنوب واما عند وجوده
فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما
لا بعينه واجيب بان الترجيح يحتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحد الفعل فالمطلوب حاصل بدونه
فلا حاجة اليه ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البائع والمفسوخ لا يلحقه
الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة والخفاء في ترجيح ما يطرأ على غيره فيرد على ما ليس كذلك
ونوقض بما اذا باع من له الخيار غيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشترى قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشترى الثمن

لمن كان

لمن كان الخيار له والقيمة لمن كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا
تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لاجازة وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف قيل والثاني اصح ولعل قوله ولما
ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصيلا في التصرف من وجه العاقد
من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف فرجحنا من حيث حال المتصرف
لان حال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضه
في ذلك قوله واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل
من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما
بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف
الفاسخ اقوى عند ابي يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر ذلك
في مسئلة بيع الموكل والوكيل بكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكيته والرجحان
ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ
لانه لا معارض لهذا الرجحان لعدم مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه
لان عدم رجحان تصرف المالك لمالكيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على
الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا
في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فترجيح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح
تصرف المالك من ابي يوسف واعتباره بما يدل على انه لا نظر الى احوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف
نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا قال ومن باع عبدين بالف هذه المسئلة على اربعة اوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين
من فيه الخيار فاما ان لا يحصلا او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس من ذلك فان كان الاول
بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة احدهما مفسدة
فجهالتهما اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد
احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسماية على انه بالخيار في
في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد
فيه شرط لصحة العقد في الاخر وهو شرط مفسد كقبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع اجاب المصنف
بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا
جمع بين قن ومدبر في البيع فان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الاخر بخلاف ما
اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا لا في العقد ولا في الحكم ولقائل ان يقول الحاصل
هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون
مفسدا وانه مظنة فضل تامل منك فاحفظ وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسماية
على اني بالخيار في احدهما فالبيع فاسد لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل
مفسدا للعقد في الاخر لفسد في القن اذا جمع بينه وبين المدبر او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم
التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع بالحصة ابتداء واذا امتنع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار
فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الاخر انعقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة
وليس فيما اذا جمع القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه فكان قسمة الثمن بعد الانعقاد
فيتناول الكل ثم عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصة قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما
شاء ومن قال اشتريت احد هذين الثوبين على ان لي ان اخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلاثة ايام فالبيع جائز

استحسانا وكذا الاثواب الثلثه واما اذا كانت الاثواب اربعه فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلثه
فيساوي في الاربعه لان المبيع احد الاثواب غير عين وهو مجهول جهالة مفضيه الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان لذلك
فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ووجه الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو
خيار الشرط فجاز الحاقه به وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق له والارفق
والحاجه الى هذا النوع من البيع متحققه لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق به لخبرته او اختيار من يشتريه لاجله كامراته
وبنته والبايع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجه في معنى ما ورد به الشرع ولا نسلم ان الجهالة
تفضي الى المنازعه لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبه من
الحاجه وعدم كون الجهاله تفضي الى المنازعه فاما عدم المنازعه فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سوا كانت الاثواب
ثلثا او اكثر واما الحاجه فانما يحصل في الثلثه لوجود الجيد والوسط والرديء فيه والزايد يقع مكررا عن محتاج اليه
فلا يلغى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم ان محمدا رحمه الله ذكر هذه المسله في الجامع الصغير وفي المأذون
وقال وهو بالخيار ثلثه ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال الكرخي لا يصح العقد
ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما مثله ايام فما دونها عند ابي حنيفه رحمه الله وزيادة على ذلك في قولهما وهو
اختيار شمس الايمه السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فانما ذكر كان اتفاقا لا شرطا
وهو اختيار فخر الاسلام رحمه الله وجه الاول ان جوازه بطريق الالحاق بموضع السنه فلا يصح بدونه وفيه
نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق ووجه الاخر ان خيار التعيين لا يتوقت
فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير
خيار الشرط مع خيار التعيين او لا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند ابي حنيفه رحمه الله وعلى
معلومه ايه مدة كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين الزايد على الثلثه عند ابي يوسف
لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اجيب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعه
ايام تعليق ولا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فيه واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط
لان في كل منهما خيارا لعدم حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه ولو هلك احدهما او تعيب
لزم البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانه حتى لو هلك الاخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شي
وهذا لان المعيب يمتنع الرد ولو لم يرد انما يكون اذا لم يتعين مبيعا وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختيارا
دلالة فان قيل قبض الاخر لا يكون امانه لانه المقبوض على سوم الشرا وهناك يجب القيمه عند الهلاك اجيب
بانه اول من ذلك لان المقبوض على سوم الشرا مقبوض على جهه البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الاخر ليشتريه
وقد قبضه باذن المالك فكان امانه فان قيل انعكس حكم المسله فيما اذا طلق الرجل احدى امراتيه او اعتق احدى
عبديه فمات احدهما فان الباقيه تتعين للطلاق دون الهالكه ولذلك في العتاق اجيب بان المراه اذا اشرفت
على الهلاك خرجت عن محليه وقوع الطلاق فتعينت الباقيه لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج عن محليه الرد
لتعينه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم اولويه احدهما لكونه مبيعا فشاع
البيع والامانه فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين ويتوقت على الايام فله ان يردهما
بخيار الشرط في الايام الثلثه لانه امين في احدهما فهو بحكم الامانه وفي الاخر مشتر وقد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من
رده واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد احدهما ولو اختار احدهما لزمه
ثمنه لانه عين البيع فيه ولزمه وكان في الاخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلثه
بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله ان يرد احدهما اما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث

يريد الاثر ما تقدم من حديث ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين خطه

واما خيار التعيين فلا اختلاط ملاكه بملك الغير كان قبيل الفصل العموم قوله من له الخيار فايده قلت كانه اشارة الى
ان خيار التعيين قد يكون للبايع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار محمد في المأذون
لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البايع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه لا يجوز لان هذا
البيع مع خيار المشتري انما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجه الى اختيار ما هو الارفق
بحضره من يقع الشرا له وهذا المعنى لا ياتي في جانب البايع لانه لا حاجه له الى اختيار الارفق اذ المبيع
كان معه قبل البيع فيرد جانب البايع الى مقتضى القياس ولم يذكر محمد لا في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير
وتبين ما ذكرنا ان المبيع احد الثوبين والاخر امانه والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين
وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكر المص ففي بعضها اشترى احد الثوبين ولا يحتاج الى تعذره وفي بعضها
ثوبين وهو مجاز واثبتها فخر الاسلام وقال من وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال اشترى
ثوبين وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللولو والمرجان اضاف الخروج
اليهما وان كان من احدهما قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار رجل اشترى دارا بخيار الشرط فبيع دار
اخرى بجنبها في مدة الخيار فاخذها بالشفعه فذلك الاخذ رضا يسقط به الخيار لان اخذه بطلب الشفعه وطلب
الشفعه دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعه لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك
واستدامة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فليسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشرا فكان الجوار ثابتا
عند بيع الدار الثانيه وهو يوجب الشفعه وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب ابي حنيفه خاصه لان خيار المشتري
يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعه واما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان ياخذ بالشفعه
ويسقط بذلك خياره لان الشفعه لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها قال
شمس الايمه لما وجوب الشفعه للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعه واما عند ابي حنيفه فلانه
صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعه بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار
بجنب داريهما فانهما يستحقان الشفعه وان لم يملكا رقبه دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع لان المشتري لم يصر
احق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها لو فاخذ بالشفعه لم يسقط خيار الرويه لانه لا يسقط
بصريح الاسقاط بدون الرويه فكذا بدلالته وسياتي قال واذا اشترى الرجلان اشترى الرجلان عبدا على انهما
بالخيار ثلثه ايام فرضي احدهما دون الاخر فليس للاخر ان يرده عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا له ان يرده وكذا اذا اشترياه
ورضي احدهما بعيب فيه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم راياه لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو
ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد
منهما الا يرى ان من وكل وكيلين اثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الاخر وله ان المبيع خرج عن ملكه غير
معيب بعيب الشركه لان الشركه في الاعيان المجتمعه عيب فان البايع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده
اذا رد البعض لا يتمكن الا مهاياه والخيار يثبت نظرا للمشتري على وجه لا يلحق الضرر بغيره وانما قيد الضرر بالزايد لان
ع امتناع الرد ضرر ايضا للراد لكن لما لم يكن من الغير بل يعجز عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من
الغير افظع والمجع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضي منه بعيب التبعيض اجيب بانه ان سلم فهو رضي به
في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البايع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل
بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البايع ليس له ان يرده كيلا خيار له لكن هذا العيب بعرض الزوال
بما علوا الاخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله مولده وليس من ضرورة اثبات الخيار رد اب لهما ولقرينه اثبات الخيار
لهما لنص غير الرضا برد احدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد احدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك

بتصور الاجتماع على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب

وجد اسير عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا وكاتبا فهو بالخيار بين

اخذه بجميع الثمن وبين ان يرده او امتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن

في ظاهر الرواية نعوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية فيه في ذلك

كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز وينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك اما رده

فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم

فانه لا يوجب الخيار وكلما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لا يرجع الى صفة المثمن او الثمن كان ملائما

للعقد الا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ويتوقض بما اذا باع شاة على انها حامل

او على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه واجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط

مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لكونه

وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما

نحن فيه فان له طريقا الى معرفته بالخبز والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا

حيوته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك

الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف اي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع

الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نعجة

فاذا هي حمل فقال والاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعا

الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا في المثال

فلا يفسد ولكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها

تابعة في العقد بدخولها فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان مانعا من منع تمام البيع وتاثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال ومن

اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كمي هذه

وصفتها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا راه وعند الشافعي

لا يجوز ولذلك العين الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غيره سمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة

قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا بالاجماع قال الشافعي

المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا راه وهو

نص في الباب فلا يترك بلا معارض قال مثله هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال عليه السلام لا تبع ما ليس

عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري اجماعا على ان المشتري اذا كان راه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد

قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل

يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع

ما ليس عندك وقد اجمعنا على انه لو باع عينا مرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس

في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده ولا نزاع

ثم تفضي جهالة وانما افضت اليها لو قلنا بابرام العقد ولم نقل به وصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه

بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع

وعورض بان البيع لو كان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ما

الاستفتاح بالجنس الفضامه وسنه موقعه علم اللزوم من اشتراط البائع انتفاخ الاهله صح بالحمل من نسخ المبسوط المصحح بتصحيح الامام ظهير الدين المرغيناني من خطه

ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فيفسد

واجيب بان المعارضة ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء جهالته الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك

قوله وكذا اذا قال تفريع على مسئلة القدوري يعني له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم راه لان الخيار

معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم العقد

بالرضى قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص فما ادى الى ابطاله كان باطلا وقوله وحق الفسخ جواب

سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار وله كالقبول

فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منبرما بل جاز فسخه

فيه الا ترى ان لكل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد

وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضى فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي

الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية

لا يوجد بدونها فكذا الملزوم لان ما هو شرط اللازم فهو شرط للملزوم وقوله ولان الرضا بالشيء جواب اخر وتحقيقه

ان لا معنى للرضى والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به وصافه لان الرضى استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه

غير متصور واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا استقباح الشيء

واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له من اسقاط احتياجه الى المبيع او ضياع ثمنه

او استغلائه فلا يستلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا

فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المص قال ومن باع ما لم

يره من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا له الخيار اعتبارا

بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء تجوز وان شاء رد كالمشتري

اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح

من الجانبين كما تقدم وهذا اي الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا اي من جهة

البيع وثبوتا من جهة الشراء وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية

يحصل الاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة فلم يكن البائع راضيا بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته

فله الفسخ وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه كما تقدم فان قيل البائع مثل المشتري

في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه

كان يظنه خيرا مما اشترى فرد لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لرد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن

فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به وقيل

المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب اخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيار ثمة

فليجز من البائع واجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس

على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ولم ينكر احد

فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة حين بلغه الحديث قال

ثم خيار الرؤية غير موقت وقيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره

عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق

ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا مما يبطل خيار الشرط

من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة وفعله في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والا لبطلت فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزم البيع بفعل ما يمتحن به اول مرة فات فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به او يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه ما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها لحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطء في غير الملك فكان اختيارا له فان قيل يشكل على هذا الكلي مسألتان احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسألتان في فتاوى قاضي خان واجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا او تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليس منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فيتعذر الفسخ ويبطل الخيار ضرورة وكذلك اذا تعلق حق الغير بالعين مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه وجهين احدهما ما قيل ان ابطال الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات اما ان يكون صريح الرضا او دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطلته واجيب عن الاول بان ذلك فيما امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضا لا تربو على صريحه اذا لم يكن من ضرورات صريح الحق وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا اي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته اولى يعني اذا لم يكن من ضرورات الحق ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع قال ومن نظر الى وجه الصبرة اعلم ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت الاحاد او لا فذلك اقسام ثلثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد يكون متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان من رؤية جميع بدنها رؤية عورتها وذلك في العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد او لم يفسخ وفي الامة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه لم يكن فكان النظر رفع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع يتضرر

بالكسار

17

بالكسار ثوبه بالنشر والطي فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت في احادها وان كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المصنف يكتفي برؤية واحد منها لان رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت ان يعرض بالنموذج الا ان يكون الباقي اردى منها فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل يعرض بالنموذج والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا ان يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم واذا نظر الى وجه الادمي بطل الخيار لانه هو المقصود في العبد والامة وساير الاعضاء تبع له الا ترى انه تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في ساير الاعضاء واذا نظر الى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لانها مقصود في الدواب هذا هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعائين فرأى ما في احدهما فان كان ما في الاخر مثل ما رأى او فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل لئلا تتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما ان تكون للحم او للقنية اي الدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له رؤية صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار البستان من خارج يسقط خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائه متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وسقط شرط رؤية الكل فاكتفي برؤية ما هو المقصود من الدار من تمام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب اي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك تكون صفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في ما اليه الدور بعلم مرافقها وكونها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر قال ونظر الوكيل كنظر المشتري فصل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بقبضه وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعيب علمه الوكيل او لم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر اذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب واذا نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يرده عند ابي حنيفة وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله ان يرده ولما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته يسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كما اذا اشترى شيئا ووكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رآه عالما عليه لم يسقط خيار العيب للموكل وكما اذا اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل ابي حنيفة رحمه الله مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور

وهذا اشارة الى تنويعه بالنوعين وبيانه ان تمام القبض تمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية
لان تمامها بانتهائها في اللزوم عليك لا تنفرد الا برضا او قضا وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك واذا ظهر هذا
قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله لذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه فان قيل
لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه مقبضا ناقصا ثم راه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط
الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة اجاب المصنف رحمه الله بان الوكيل اذا قبضه مستورا
انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض الى رد قياسهما على الاسقاط
القصدي والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا او ضمنا
والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل ضمن التوكيل به وهو القبض حتى لو راى
قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع
فان من توكل بشيء توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب
عن قولهما قضا بخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضا او قضا وما لم يمنع تمام الصفقة
لا يمنع تمام القبض ولهذا املك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة
قبل تمامها ممتنع وما لم يمتنع ههنا دل انها كانت تامة ومن موضحات ذلك ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة
بالجزء الفايت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لا بسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصح
مقيسا عليه لانه على هذا الخلاف ذكره القدوري ان من اشترى شيئا على انه بالخيار وموكل وكيلا بقبضه
بعدما راه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة
ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا
بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية
ناقص والرسول ليس كالوكيل فان اتمام ما ارسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد
فانه لا يملك القبض والتسليم قال وبيع الاعمى وشراؤه جايز بيع الاعمى مطلقا وشراؤه جايز عندنا وله
الخيار وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب وان اكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه اصلا
لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بتعامل الناس العميان من غير نكير وبان من اصله ان من لا يملك
الشرا بنفسه لا يملك الامر به لغيره فاذا احتاج الاعمى الى ما ياكل ولا يتمكن من شرا الماكول ولا التوكيل به
مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا انه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه
من قبل وفيه نظر لان قوله عليه السلام لم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير والاولى
ان يستدل على ذلك بما ذكرنا من تعامل الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل من اصول الشرع بمنزلة الاجماع ثم يسقط
خياره بمباشرة ما هو سبب العلم المقصود فان كان المبيع مما يعلم بجسه بخياره يسقط بجسه وان كان مما يعلم بالشم
فلشمه وبذوقه في المذوقات واما اذا كان شجرا او ثمرا على شجر او عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له
لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض ائمة بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا اتى بسبب العلم او وصف
له او وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وذكر عن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا
لراه وقد قال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجرا الموسى
في حق الامي والاصلع واطلاق الرواية يدل على انه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد في الجامع
الصغير قال ابو يوسف في الاعمى يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال له ان يرده وان كان في مكان
لوكان

لوكان بصيرا لراه ثم قال قد رضيته لم يكن له ان يرده وقال الفقيه قال بعضهم لو وقف في مكان لو كان بصيرا
لراه ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل قال وبه ناخذ وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو
يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال
رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصير ثم عمي انتقل الخيار
الى الصفة لان الناقل للخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد
وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر جاز له ان يردهما لانه قد تقدم ان
الجمع بين الاشيا المتفاوتة الاحاد في المبيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها
وعلى هذا اذا راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر فله الخيار لكن لا يرد الذي راه وحده بل يردهما
لان ذلك لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية
قبل القبض وبعده ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضا ولا رضى فيكون الرد فسخا من
الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه السلام
عن تفريق الصفقة فصل تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا لا يقال قوله صلى الله عليه وسلم
من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز
واجيب بان موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا
تعيب او اعتق احد العبدين او دبره والمطرد راجح وبانه محرم والمحرم راجح على المبيح ولانه متاخر
عن المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ وبان الرد لما كان غير ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى
ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الاولى وفيه ان النهي عن تفريقها مطلق
ومقيد بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب ان النهي انما هو عن التفريق
والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتدا الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول
في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء الى الجيد ترويجا له
بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق
فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا بد من رد الاخر لان
فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق
لم يتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيها لان ملك البائع غير معيب لعيب الشركة حتى لو كان
المبيع عبدا او احدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة
في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي
لدفع ضرر يلزم المشتري فان شا رضي وان شا رد وفي خيار الرؤية عليه رد الاخر لدفع ضرر يلزم
البائع قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا يورث لانه لا يحتمل الانتقال
لانه مشية وهو عرض لا يحتمل الارث فيما يحتمل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط
مستوفى فلا نحتاج الى اعادته قال ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ومن راى شيئا ثم
اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي راه عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك
الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة

وثبت احد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا
كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشترى ذلك
المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان
علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئيا من قبل ولم يتغير عنها كان
العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث
لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة
باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون
بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشترى يدعيه والبائع منكره متمسك بالاصل لان سبب لزوم
العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع الباقي الخالي
عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض
قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا اي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه ح يكون
القول قول المشترى لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد له الظاهر فالقول
قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال ارأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد
ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية
متصل بقوله فالقول للبائع يعني اذا اختلف البائع والمشترى في رؤية المشترى فالقول قول المشترى لان
البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشترى منكر فكان القول قوله مع اليمين قال
ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب
اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير
وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه بيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا او وهبه
وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل
وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى
عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او وهب وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي
رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر واعتبار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد
القبض وهنه وضع المسئلة لانه لو كان بالعيب بالقضا او رجع في الهبة فهو اي المشترى الاول او الواهب
على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكر شمس
الائمة السرخسي وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لان الساقط لا يعود كخيار الشرط
وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم
بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشترى على عيب فهو بالخيار
ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه
عن العيب لما روي ان رسول الله عليه السلام اشترى عبدا من خالد بن هوذة وكتب في عهدته
هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بن هوذة عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم
من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله المرض في الجوف والكبد والرئة فان المرض

ما يكون

ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد والرئة وفيما روي عن ابي يوسف انه قال الداء المرض
والغائلة ما يكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنصيص
على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا
داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينعدم الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل لو تم كلامه على الوجه
المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له واذا فات اللازم انتفى
الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس له
ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف وصف اذا العيب اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره
من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والسن السوداء والاصبع الزائدة والناقصة والسن الساقطة واما
ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والدفر والبخر
في الجارية ونحو ذلك كلها فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن اما ان يقابل بالوصف والاصل
او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني كيلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث
قوله في مجرد العقد احترز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما نعلم وقوله ولانه لم يرض بزواله
دليل آخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان اي قيمته او ارشه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن
ملكه باقل من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله باقل فلم يكن مرضيه وعدم رضى البائع بزوال المبيع مناف
لوجود البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشترى وان كان يتضرر بالعيب ايضا
لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون عوض فلا ضرورة في اخذ النقصان فان قيل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم
البائع يتضرر لان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما
او عدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه ومارسه طول زمانه فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون
له الخيار وان ظهر بخلافه واما المشترى فانه ما رأى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له
فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند
القبض لان ذلك اي رؤية العيب عنده رضى اي ليس رضى بالعيب دلالة قال وكل ما اوجب نقصان الثمن
العيب ما تخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل
الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص
القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب
في الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية او بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع
على المولى والسفر وما دونه فيه سواء ولو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق وان ابقت منه ولم ترجع
الى مولاها لعلمه بمنزله ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات احدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش
وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهما من مولاه او من غيره فكذلك لاخلالها بالمقصود لانه لا
يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره
الا في المأكولات للاكل فان سرقتها من مولاه ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع
والمشترى في حال صغره فهو عيب يرده به واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك واما اذا اختلف فكان عند
البائع في صغره وعند المشترى في كبره فلا يرده به لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب
قال والجنون في الصغر عيب ابدا معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد
الحالتين لان السبب في الحالين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما او ساعة ثم
عاوده عند المشترى في كبره يرده وليس معناه ان المعاودة في يد المشترى ليست بشرط كما مال اليه

شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على ان اباقه لا يرتفع وذلك يتمكن جالبوق عيبته لان الله تعالى
قادر على ان انه يمتلك لا يبقى منه شي والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاودة وهو المذكور في
الاصل والجامع الكبير قال والبخر والدفر عيب في الجارية ش الدفر رائحة مودية تجي من الاباط والذفر بالذال المعجمة
حدة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه مسك اذفر وابط ذفر او هو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية
وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم وكل منهما عيب في الجارية للاخلال بما هو يكون مقصودا وهو الاستفراش
وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصود منه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه ح يكون
من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش
والثاني بطلب الولد فان الولد يعير بزنا امه وليس بمخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون ذلك
منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو مخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما ش الكفر
عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبته والنفر عن الصحبة يؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في
نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاعتاق وعن كفارتي اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة
فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فله رده وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرد وعندنا
لانه زوال العيب وزوال الشي لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه
على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف الفسخ لا محالة وقال الشافعي يرده
به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان يستخدم الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج
والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او
ارتفع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله وادعى المشتري بعد ثلاثة
من وقت الشراء فيها روي عن ابي يوسف او اربعة اشهر وعشر فيها روي عن محمد او سنتين فيها روي عن ابي حنيفة
وزفر رحمهم الله انها لم تحض ولم تحبل بها او لدا كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى
بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الاطباء ويقبل فيه قول عدلين وقال ابو المعين
يكفي قول عدل واحد منهم وقيد بان يكون الدعوى بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم
القاضي الاصغاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض او على انضمام الداء
اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع
كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان المعاودة في التي خلقت على السلامة الحيض في
اوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى المدة وهو سبع عشرة سنة ولم تحض او حاضت
ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة فان انكر
البائع ذلك لا يرد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله
سواء كان بعد القبض وقبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة
من توجه الخصومة فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة وشهادة النساء لان العقد قبل
القبض لم يتاكد فجاز ان يفسخ بشهادتهن قال واذا حدث عند المشتري عيب ش اذا حدث عند المشتري
عيب بآفة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع
سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر او ثمن او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد
المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لخروج المبيع من ملكه سليما عن العيب الحادث وعوده اليه معيبا به
والاضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البائع وكذا لا بد من دفعه عن المشتري لانه ايضا يتضرر بالعيب
لان

لان مطلق العقد يقتضي السلامة وما ارى الرجوع طريقا صالحا للدفع فتعين دفعا الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه الحادث
لانه رضي بالضرر والرضا اسقاط لحقه كما ان المشتري لو رضي ان يأخذه بعيبه القديم فان قيل انتم قلتم الاوصاف
لا يقابلها شي من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا
كذلك كما مر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه ش ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لامتناع الرد
بالقطع الذي هو عيب حادث لا يقال البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح
جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال
كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار
للبائع لا لفعل باشره وفي عدم الرد وان كان اضرارا بالمشتري لكن لمعنى باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو انظر لهما
الا اذا قال البائع انا اقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان اسقاطا لحقه فان
قيل الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه
بنقصان العيب عند ابي حنيفة اجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورته بعرضية النتن والفساد
ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع
بشيء لانه جاز ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البائع فاذا المشتري يصير بالبيع حابسا المبيع ولا
رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق
بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل
بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل الى شي من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك عنه واما الثاني فلان الزيادة ليست
بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا فليس للبائع ان يقول
انا اقبله فتعين الرجوع بالعيب دفعا للضرر ولا تشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال
فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد
بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او غير متولدة فالمتصلة
المتولدة كالجمال والحسن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة يمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة
المتولدة كالولد والثمر يمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل
دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد
من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا ولم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم
المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا فان باع المشتري الثوب المخيط والثوب المصبوغ بالحمرة او السويق
الملتوت بالسمن بعدما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا
للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه
الرد برضا البائع فان اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي
البائع فاذا اخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب ومعنى هذا اي ما قلنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان
العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا فمن اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم
يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا لولده كان واهبا له وصار قابضا لاجله فتم الهبة بنفس
الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع ان يقول
انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب
وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس بمحتاج اليه الا انه
ذكرها بمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لان القطع عيب حادث

فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الربا لو فسخ التمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون
حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت قال ومن اشترى عبدا
فاعتقه او اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به
اي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد وفيه اشارة الى ان للمشتري ما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان
دفعا للضرر فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان
وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع
الرد هناك بسبب وجود الربا لو فسخ المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبيه الموت
ورد بانه حيث لم نقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الربا لو والحق ان يقال في الجواب
عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الربا لو لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع
بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكانه في يده بحبسه ويرد
الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا
للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق
انهاء كالموت قوله وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل
كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا الامر ان الولاء يثبت بالعتق والولاء اثر من اثار الملك
فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد مع الامر
الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل لم لا يكونان كالاعتاق وهو منهي دونهما فالجواب لان الاعتاق انما يحتاج اليه
لتعذر الملك محل ما لم يكن كان باقيا ولعلهما الملك متقرر فلا حاجة اليه وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس
بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض
لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به وان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع
على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر في الينابيع قول محمد معه
لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يجب عنده بدلا كالقصاص والدية فصار كالموت حتف انفه على فراشه
وجه ظاهر الرواية ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم
مفرج اي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد
بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم تعديه من احد
الشر لكن اذا كان معسرا فعد تخلف عن الضمان فلم يعتبر مستعيضا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع
طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند ابي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في
المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولابي حنيفة رحمه الله ان الرد تعذر بفعل
مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير
وانما سقط بملكه فاستفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا
لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاعتاق وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب
عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان
في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل

عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد
في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكل وفي بيع البعض عنهما روايتان في احديهما لا يرجع بشيء كما هو قول
ابي حنيفة وهو المذكور ههنا لان الطعام شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره
التبعيض ولكن يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او
قثاء او جوزا او شيئا من الفواكه فكسره فوجده فاسدا بان كان منتنا او مرا او خاويا
بحيث لا يصلح للاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه فله ان يرجع بالثمن كله
لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال او في المآل والمذكور ليس كذلك
وتغطى من العيوب بامتدادها فانه اذا كسر علم ما عليه فصار راضيا واذا صلح للاكل لبعض الناس او الدواب
او وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد وان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا واذا
لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز
فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد صحيحا في القشر
بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا اجاب المصنف بقوله
ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا
كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان
المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب
ان يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه واذا كان مما ينتفع به في الجملة
لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من اصحابنا من قال الشافعي
رحمه الله يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك
البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا
باع ثوبا فقطعه المشتري ووجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو
وجد البعض فاسدا فان كان الفاسد قليلا كالثنتين في المائة او كثيرا فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا
وليس له ان يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة
لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن
قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما ان قبل بقضاء القاضي او بغير قضائه فان
كان الاول فاما ان يكون باقرار او ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب
والمشتري انكر ذلك فاثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا
الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وح ليس له ان يرده على بائعه لانه اقاله واما ان يكون ببينة
او باباء يمين ومن كان كذلك له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول
قائم فله الخصومة في الرد بالعيب قوله غاية الامر اشارة الى جواب زفر عما قال اذا جحد العيب ليس له
ان يدعي على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام
العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر ان البائع
باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن ومع هذا بخلاف

الوكيل اشار الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على
المشتري ليس ردا على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه
بيعان وبرد احدهما لا يرتد الآخر ولئن كان الثاني فليس له لان رده لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث
والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بينهما
اذا كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او
بخيار الرؤية وصرح بذكره في الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة
او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء ولئن كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث
وقد رده بغير قضاء فله ان يرده على بائعه للتيقن بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات البيوع
الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة لعدم التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في
حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه قال ومن اشترى
عبدا فقبضه فادعى عيبا الخ ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم
المشتري البينة فان حلف البائع دفع اليه الثمن ولئن اقام المشتري البينة فهو له ان يدفع الثمن او المبيع
واستشكل هذه العبارة لانه جعل غايته عدم الاجبار اما يمين البائع او بينة المشتري وذلك بالنسبة
الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة
يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به واجابوا باوجه بانه من باب علفتها تبنا وماء باردا والتقدير وسقيتها
ماء باردا وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى
يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم
من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في السقي كما استعمل
الطعم بمعنى الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم
لعدم الاجبار وذكر اللازم واراد الملزوم كناية والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم
الغاية وهو ليس بلازم قوله لانه انكر وجوب دفع الثمن تعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر
وجوب دفع الثمن تعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه بدعوى
العيب وانكار تعين الحق انكار علته وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن اولا ليس الا ليتعين
حق البائع بازاء تعين المبيع بحيث انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في السليم فقد انكر علة وجوب
دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار للمعلول فانتصب خصما ولا بد له من حجة وهي اما بينة او يمين البائع
فان قيل من هذا التعليل فساد الوضع لان صيغة الانكار يقتضي اسنادا والثمن اليه لا اقامة البينة
بالحديث فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع وجوب
دفع الثمن اولا ولئن كان في الصورة منكرا وقوله ولانه لو قضي بالدفع دليل لو قيم جواب ما قيل
الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض
المحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا لقضائه
عن النقض فانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء قال فان قال المشتري شهودي بالشام

اذا طلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن
لان في الانتظار ضررا بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرر له ايضا اجاب المصنف بقوله
وليس في دفع الثمن كثير ضرر به لانه على حجته يعني هو يتمكن من اقامة البينة عند حضور شهوده
ونوقض من وجهين الاول ما قيل ان بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد تقدم
بطلانه والثاني ان الاضطرار واقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان احدهما
ضررا والآخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى بدفع الثمن الى حين حضور الشهود
لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك باطلا
فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري يمين البائع فنكل الزم العيب لان النكول حجة في ثبوت
العيب فيقال هو اخذ لان عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند ابي حنيفة
قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقه اذا ادعى المشتري اباق العبد المشترى وكذبه البائع فالقاضي
لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال
للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا
او الابراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه
رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين فيحلف انه لم يأبق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة
لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة
اصل والعيب عارض ومعرفته انما يكون بالحجة ونوقض من وجهين احدهما ان البينة انما تقبل
من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل نفيها اذا ادعى العيب في يد البائع والثاني
ان سلامة الذمة عن الدين اصل واشتغاله عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض
فاي فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على رجل دينا وانكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه
ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول بان اقامة هذه البينة
من تمام اقامة البينة على ان العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الا بهذه فكانت من المدعي بهذا الاعتبار
وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه
لانه ربما لا يكون له بينة او كانت له بينة لكن لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل
المشتري الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته بالتعرف عن الآثار وان
لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا فاذا اقام المشتري البينة
حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد
بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما
ابق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو
موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به
هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا والحال ان يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض
البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا معنى وهو لو نفى احدهما يكون بارا لان الكل ينتفي بانتفاء جزئه
وبه يتضرر المشتري وانما قال توهم تعلقه بالشرطين اشارة الى ان قول البائع ذلك في يمينه ليس
بصحيح ولكنه موهم لذلك لما ذكر ان شمس الائمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال الاوجه هو النظر

للمشتري بعدم اذا استحلفه بهذه الصيغة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي الاول لان البائع نفى
العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا
فلقائل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال اما لا تحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب
بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح فاذا لم يكن
التاويل صحيحا كان التحليف به جايزا وهو ساقط قوله لا يحلف الا اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فلم يستقم
فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب ان الاحلاف
على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على
العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على البتات لادعايه العلم
بذلك فان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما تعلم انه ابق عند المشتري
هل له ذلك اولا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة وهو المذكور في النوادر وذكره
الطحاوي وهو مختار المصنف ووجه الاختلاف في هذه المسئلة ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة
وكل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف بالاستقراء ولابي حنيفة على قول من يقول لا يحلف على مذهبه
ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما
الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها
التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن
صحتها بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع
لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم ولن يكون المشتري ههنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب
في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا يستلزم كونه خصما واذا
نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على البتات على ما تقدم قال المصنف رحمه الله ان كان الدعوى
في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم
فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان
ابق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة
فيقضى عليه بالرد لنكوله فيتضرر به قال ومن اشترى جارية وتقابضا ه ومن اشترى جارية وتقابض
المتبايعان الثمن والمبيع ثم وجد المشتري بها عيبا فاراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد وقال بعتك هذه
ولم أبع معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول
فيه قول القابض لانه اعرف بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال
المغصوب منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض
وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض مقداره بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع
قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري لما بينا ان في الاختلاف في مقدار
المقبوض القول قول القابض بل ههنا اولى لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان
العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة ه رجل قال لآخر بعتك
هذين العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم فوجد بالآخر عيبا ليس له ان يرد المعيب
خاصة بل يأخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما لما ان تصرف المشتري بالبيع قبل القبض لا يصح

لعدم

لعدم تمام الصفقة ومالم يقبضه الصفقة بقبض بعضه لا يتم لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق
قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرنا يعني في باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم بخيار
العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وهذا اي التفريق في القبض لا يجوز لان للقبض شبها بالعقد
من حيث ان القبض يفيد ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يفيد ملك الرقبة والعوض من ملك الرقبة
ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد ولو قال بعت منك هذين العبدين
فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا قال ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه اذا وجد المشتري
بالمقبوض عيبا في الذي قبضه في الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلما
فانه قال ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فلا يلزم
تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن
فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا
له ان يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذ العادة
جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض كما في دفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه
اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعد التمام جائز بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة
لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب
لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة
السلامة فكانت الصفقة تامة نظرا الى العقد وتنقيص البائع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال
لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل
التمام وانه لا يجوز ومحل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن
كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد الف احدهما بالآخر بحيث لا يعمل
بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله ولهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق احد العبدين
بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الآخر لان العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام قال ومن اشترى شيئا
مما يكال او يوزن ه تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل
والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في وعاءين على اختيار المشايخ
وقيل اذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان
البائع ووجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد
ككر وقفيز ونحوهما واما الثاني فلان المالية والتقوم فيها باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم
ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفي الشيء الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس
له الا رد الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة
عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكون له رد
الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين
عن ابي حنيفة رحمه الله ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يثبت له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض
لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لان التمييز في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا
في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا حيث ليرده كان تمييز المعيب من غير المعيب

لو حدث زيادة علة وبخلاف الثوب الواحد فان التبعيض بضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الا رد الكل او امساكه قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سوال تقريره انتفى الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا قلنا ان الموقوف والمسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افتى فاتفق العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض واما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشد الى ان تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع واسناد احدهما يوجب عدم تمامها ولئن كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر بماليته والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المصنف بقوله وقد كان وقت البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبيه لكلام المصنف رحمه الله تجد حكم العيب والاستحقاق سيان قبل القبض في جميع الصور اعني فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب فظاهر واما الاستحقاق فلقوله اما اذا كان ذلك قبل القبض لان له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ويختلف حكمها بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر وقال في المكيل والموزون ثم رد كله او اخذه وسواه بعد القبض او قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عند رضا بالعيب لان ذلك دليل قصد الاستبقاء لان المداواة لازالة العيب وهي تمنع الرد لان بعضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشي في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب ولم يذكر لعيب لو كان الرضا بالعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له منه بد او لا لان في الركوب ضبط الدابة وهو احفظ لها من حدوث عيب لو قادها واما السقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا او للعجز عن المشي لضعف او كبر او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون العلف في عدلين وركب كان الركوب رضا لان حاجته ممكن بدون الركوب قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة وقالا انه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فيتعلق العقد فيه لانه يعتمدها لكنه متعيب لان مباح الدم او اللذي لا يشترى كالمباح اشد من المريض الذي هو عيب بالاجماع والمعيب المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر واما في صورة القطع فان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده وذلك مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض

ثمانت

فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناوله العقد فيستحق البعض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله او لانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده وصار كما اذا غصب عبدا فحصل العبد عند الغاصب رجلا عمدا او على المولى ما نقص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسألة الحامل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري ولئن سلمنا فنقول ثمة سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه مستلزم له فكان بمعنى علة العلة وهي من معاني العلة في الحكم من هذا الوجه صارت المالية كانها هي المستحقة واما اذا مات ثم في يد المشتري تتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فهذا هلك في ضمان المشتري واذا امل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كمالك من له القصاص مع نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو مات من عليه القصاص خطأ كان الدية لورثته دون من له القصاص قال ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا واما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يرده الا برضا البائع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من ان يقبله البائع كذلك ولا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد ولو قبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمي وتلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع على البائع فينقسم المنصف عليهما فيتنصف والنصف الاخر يرجع فيه على البائع لرده العبد عليه فان قيل او احدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن ههنا كذلك اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل انتم ذكرتم ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الان فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشي لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يلحق شبهها بما يلحق فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول للبعض من الاصل لما مر انفا قال ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع او تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخير يرجع البائع وهو جميع باع كما كان في جميع حالك بعضهم على بعض على ابي حنيفة رحمه الله كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري الاخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه ولا كذلك الاخرون فان البيع منع الرجوع بنقصان العيب لما تقدم فقوله وقوله في الكتاب اي قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قول ابي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشي لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري ومدافع حيث علم به واشتراه قال ثم من الابد او اشتراه وهو يعلم عارده فغني

عند أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا إذا أمسك عنده لأن هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الإسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء
لأنه من قبيل الاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن الأشبه أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لأنه موجب لنقصان
الثمن ولكنه أجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقته لأن في حقيقته بطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم
جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا
يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل وقوله في النظر
وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا بأنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه
حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجري مجراه قال ومن باع عبدا
وشرط البراءة من كل عيب ه البيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح سمى العيوب وعددها أو لا علمها البائع أو لم يعلمه
وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار إليه موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة
وأبي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وقول زفر والشافعي ومالك
وقال زفر إذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط وقال الشافعي رحمه الله لا يصح البراءة عن كل عيب ما لم يقل عن عيب
كذا وعن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا يصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه
المسألة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي فقال له أبو حنيفة أرأيت لو باع جارية في المأتي منها عيب
أكان يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضع منها أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأسه ذلك برص
أكان يلزمه أن يري المشتري ذلك وما زال حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به والشافعي رحمه الله يقول إذا باع بشرط البراءة
عن كل عيب فالبيع فاسد ومن قول له البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة
لا يصح لأن في الإبراء معنى التمليك ولهذا لو أبرأ المديون عن دينه فرد إبراءه لم يصح الإبراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا
أن الإبراء إسقاط لا تمليك لأنه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الإبراء بـ سقطت عنك ديني ولأنه يتم بلا قبول
والتمليك لا يتم بدونه والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة لأن الجهالة إنما أبطلت التمليكات لفوت التسليم الواجب
بالعقد وهو لا يتصور في الإسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم
قوله ولئن كان في ضمنه التمليك أشار إلى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره أن ذلك لما فيه من معنى التمليك فههنا
وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لأنا بينا أن محض التمليك لا يبطل بالجهالة لأنه لا يفوت التسليم كما إذا باع قفيزا من صبرة فلأن
لا يبطل الإسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج إلى التسليم أولى وجه قول محمد أن البراءة تتناول
الثابت حال البراءة لأن ما يحدث مجهول لا يعلم أيحدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله
وأبو يوسف يقول الغرض من الإبراء إلزام العقد بإسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليتقرر على التسليم الواجب
بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فإن قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب
وما يحدث فالبيع فاسد بالإجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الإجماع فإنه ذكر
في الذخيرة أنه يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق بأن ظاهر اللفظ ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم
يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا والجواب
عن قوله إن ما يحدث مجهول أن مثله من الجهالة غير مانع من الإسقاط كما تقدم قوله ويدخل في هذه البراءة احتراز عما
لو قال بعت هذا العبد على أني بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع لأنه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

لما فرغ عن الصحيح شرع في غير الصحيح لعله عن يحتاج إلى تنبيه ولقب الباب بالفاسد
وإن كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا أصلا ووصفا والفاسد

هو

أو لا علمه

[illegible]

هو ما لا يصح وصفا وكل ما أورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما أورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين
به والانتفاع المقصود منه والإطلاق عن شرط لا يقتضيه العقد وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا ينفصل
المسائل المذكورة في الكتاب مسائل البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف أنفه والدم والحر باطل لانعدام
الركن وهو مبادلة المال بالمال لأن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد ممن له دين سماوي وأما قيدنا بقولنا
لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها فإن ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره
الإمام في التجنيس وإن كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال
عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم والبيع
بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فإنه أي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم
عند بعض أهل الكفر وإنما قلنا بذلك لأنه مال عندنا بالإطلاق لكنه ليس بمتقوم لأن الشرع أبطل تقومهما
في حق المسلمين لئلا يتمولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون ولو أراد بقوله عند البعض المسلمين
لم يحتج إلى تأويل لكنه خلاف الظاهر وقوله والباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة
فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ أبي نصر أحمد الطواويسي
وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة نص على ذلك في البيع الكبير نقله أبو المعين في شرح الجامع الكبير لأن العقد
باطل والباطل غير معتبر والقبض بإذن المالك فيكون أمانة وعند بعضهم كشمس الأئمة السرخسي وهو رواية
ابن سماعة عن محمد أنه يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء لوجود صورة العقد
ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمي الثمن
فيقول اذهب بهذا فإن رضيته اشتريته بعشرة أما إذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه
الفقيه أبو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى وقال مجد الدين البلخي الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني
قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به أي
إذا كان ذلك القبض بإذن المالك باتفاق الروايات وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع
ذكر في المأذون أنه لا يملك ولو أن ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير فأما إذا
كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه يكون إذنا بالقبض فإن قيل لو أفاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطء جارية اشتراها
شراء فاسدا وجاز أخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة شراء فاسدا ولحل أكل طعام اشتراه كذلك لأن
الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب أنا لم نحل وطأها وأكله ولم نثبت الشفعة فيما ذكرت لأن في الاشتغال
بالوطء والأكل إعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد فلا يجوز ذلك واعلم أن المشايخ اختلفوا
في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشترى شراء فاسدا فذهب العراقيون إلى أنه مبني على تسليط
البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة لو ملك العين لملك الأمور المذكورة ولم يملكها
وذهب مشايخ بلخ إلى أن جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بأنه إذا اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها
فبيع بجنبها دار فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية شراء فاسدا وقبضها ثم ردها على البائع
وجب عليه الاستبراء ولو باع الأب أو الوصي عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشتري ثم أعتقه جاز عتقه ولو كان
عتقه على وجه التسليط لما جاز لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الأحكام أنه ملك العين
وأجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبيل وهو الأصح وإذا كان مفيدا الملك عند اتصال القبض به كان المبيع
مضمونا في يد المشتري فيه أي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في أول الفصل

الذي يلي هذا الباب قوله وكذا بيع الميتة يعني كالبيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست
اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين فان كان
الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها ولئن كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ما يقابلها
من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال فكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم
اي غير معزز ولهذا لم يملك قيمته لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون معززا
فلا يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي يجعله مبيعا اعزازا له وهو خلاف المامور به وبيانه ما ذكر بقوله
وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصود لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما
المقصود الخمر ومن جعله كذلك خلاف المامور به فيسقط التقوم اصلا لئلا يفضي الى خلاف المامور به
وح يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب يجعله مبيعا انما يقصد ملك الثوب
بوسيلة الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما امر
به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا
ولكن وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في
الخمر جهة التثمين رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان قال
وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فسر بذلك
لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق
العتق قد ثبت الى لفظه وكلمته لئن ثبت استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة
عن جهة حرية لا يدخل عليها الا الابطال وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت
بقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها فيبقى الاخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق
والعتق يحملونه على جهة فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب
الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان
فكذلك سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا
في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل
البالغ والاعمال اولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا
بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال
وتاخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين
ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا
المكاتب فيبقى الاخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه
نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وح يبطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر
والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته البيع اصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع
هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين ولهذا جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب
من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم
خرجوا منه لتحلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم
المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما يجيء قال ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز

واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخت
الكتابة وجاز البيع وروي في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالمعنى المار
في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي وقد تقدم وجهه ولئن مات ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة وهذا الاختلاف على ظاهر الروايتين
عنه في حق المدبر وروى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق ام الولد
فاتفق الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا يتقوم ماليتها والفرق لابي حنيفة
بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع ولئن اشبه ضمان الغصب
من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار
فاذا لم يكن محلا للبيع اندرست تلك الجهة وبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي كل واحد من المدبر
وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع
كما انفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول
تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب
لانه في يد نفسه فلا يتحقق القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيق ان المدار هو القبض لا الدخول
في العقد وتملك المضموم ولابي حنيفة رحمه الله ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الحاملة حقيقة
في محل يقبل الحقيقة وما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا يلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب
في كونه غير قابل للحقيقة قوله وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان قابلية الدخول
لا تنحصر في بيان الداخل لجواز ان يكون قابليته الى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد
بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فياخذ
المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا قال ولا يجوز بيع السمك
قبل ان يصطاد لو بيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاد لو يسلم القاه في الحظيرة
فلا يخلو اما ان يكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير
مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرؤية
ولا يعتد برؤيتها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى ما لم يره قوله الا اذا اجتمعت
استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها
بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من الماخوذ
الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة
عليها ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كما لو باض الطير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملكه لعدم
الاحراز وقد يشكل بما اذا عسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير احراز او تهيئ
له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض
الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست فيها على وجه القرار قال ولا بيع الطير
في الهواء بيع الطير على ثلاثة اوجه الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاد وهو لا يجوز لعدم الملك
والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث
بيع الطير بذهب ويجي كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوى قاضي خان ولئن باع طيرا له

في الهوا ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع
الحمل اي الجنين ولا النتاج اي نتاج الحمل وهو حبل الحبلة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة
والنتاج في الاصل مصدر نتجت الناقة بالفتح ولكن اريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت
المراة حبلا فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي به بالحمل وانما ادخلت عليه التا اشعارا بمعنى الانوثة
فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يبيعون ذلك فابطله
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه قال في المغرب في الحديث نهى
عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدرى ايكون ام لا كبيع السمك في الما والطير في الهوا قال
ولا اللبن في الضرع للغرر بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلثة للغرر لجواز ان يكون الضرع
منتفخا يظن لبنا والغرر منهي عنه وللنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبايع
يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لو لحدوثها
عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بالنسبة بما ليس بمبيع من ملك البايع على وجه يتعذر تمييزه
مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من اوصاف الحيوان لان ما هو
متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه
فيجوز بيعه ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوايم
متصلة بالشجر وجاز بيعها اجيب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت
خيطا في اعلاها وترك ايام بقي الخيط اسفل مما في راسها الآن والاعلى ملك المشتري وما وقع
من الزيادة وقع في ملكه اما الصوف فانه ينمو من اسفله فاذا حصب الصوف على ظهر الشاة ثم
ترك حتى نمى فالمخصوب يبقى على راسه لا في اصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه
اجيب بان القصيل وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث
القلع فيقلع واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع اي النتف فيعد ذلك بيع التنازع
في موضع القطع وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن
في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رحمه الله فيما روي عنه من جواز بيع الصوف
على الظهر قال وجذع في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا
يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع اولا لانه لا يمكنه التسليم الا بقطع
لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض
مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جايز لانتفا العلة ولو لم يكن
الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ايضا ولو قطع البايع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ
المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد وهو الضرر ولو باع النوى في التمر والبزر في البطيخ
لم يصح وان شقها واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اي هو شي مغيب وهو في غلافه فلا يجوز
بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها وامثالها بيع ما في وجوده احتمال فانه شي مغيب في غلافه
وهو جايز اجيب بان وجوده عرفا ويصح اطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة

اذا

اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فيصح العقد اعمالا له
لتصحيح لفظه واما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق
عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو
المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف
في اصول الفقه قوله واما الجذع عين موجود اشارة الى تمام الفرق بين البزر والنوى والجذع
المعين في السقف بان الجذع معين موجود اذ الغرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك فان قيل
اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جايزا ولو
كان الجلد عينا موجودا كالجذع من السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا
فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك بمعنى اصليا لانه اعتبر
عاجزا لما فيه من افساد شي غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه غير حال في نفسه وانما يثبت الاتصال
بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من افساد شي غير مستحق بالعقد
فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز وبحث تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم
قال وضربة القانص القانص الصايد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد
بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطاير القاها ومنه نهى عن ضربة الغايص وفي تهذيب الازهري
عن ضربة الغايص وهو الغواص على اللالي وهو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو
لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شي من الصيد
وان لا يخرج من الغوصة شيا قال وبيع المزابنة المزابنة الدفع والزبن والدفع فيما تقدم جايز والمزابنة
وهو بيع التمر بالثاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوذ مثل كيل ما على النخل من التمر حزرا وظنا احترز به
لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الراس ثمرا بل ثمرا مجذوذا كالذي يقابله من المجذوذ ولا يجوز
لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا
ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربوا الملحق بالحقيقة في التحريم كما لو كانا
موضوعين على الارض وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي
رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق
قولان استدل بان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع التمر
الذي على رؤس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق وانث الضمير في قوله بخرصها على انه جمع التمرة
وقلنا بالقول بالموجب وهو ان نقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فان في الاحاديث
الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها لكن ليس معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة
وتاويلها ان يهب الرجل تمر نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه
كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك
تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا لوعده وبه نقول لان الموهوب لم يصر ملكا
للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتداة وسمي بيعا مجازا

كانه في الصوره عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسه اوسق فظن الراوي
ان الرخصه مقصوره على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول انه جاء في حديث
زيد بن ثابت رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه
يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني انه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء الا العرايا
والاصل حمل الاستثناء على الحقيقه والاستثناء من البيع حقيقه بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب
عن الاول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير نسخ في قوله عليه السلام
المشهور التمر بالتمر مثل بمثل والمشهور قاض عليه قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر هو ان يساوم البايع السلعه اي عرضها
وذكر ثمنها وساومها المشتري بمعنى ان يتساوما ثمنها بيع الملامسه هو ان يتساوم الرجلان في السلعه فيلمسها المشتري
فيكون ذلك اشتراء لها رضي مالكها بذلك اولم يرض وبيع المنابذه هو ان يتراوض الرجلان على السلعه
فيحصل لهما الزام المساوم له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر
هو ان يتساوم الرجلان على السلعه فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن
لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهليه فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعباره الكتاب تشير
الى ان المنهي عنه بيع الملامسه والمنابذه وبيع القاء الحجر ملحق بها لانه في معناها ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات
لا تحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزله ان يقول البايع للمشتري اي ثوب القت عليه الحجر فقد بعته واي ثوب لمسته
بيدك فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهاله المبيع الا ان يقول
على انك بالخيار ان تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه قال ولا يجوز بيع المراعي
ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلا وهو ما ليس له ساق من الحشيش كذا روي عن محمد وقيل ما له ساق
وما ليس له ساق فهو كلا وانما فسر المراعي بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض وهو الكلا وعلى
مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها
صحيح سوا كان فيه الكلا اولم يكن اما عدم جواز بيع الكلا غير المحرز فانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركا في الثلث الما والكلا والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم
فيها ان لهم الانتفاع بضوها والاصطلا بها والشرب وسقي الدواب والاستقا من الابار والحياض والانهار
المملوكه من الاراضي المملوكه والاحتشاش من الاراضي المملوكه ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان
لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي او تحتشه فتدفعه الي او تدعني اخذه كثوب لرجل
وقع في دار ابيان هذا اذا نبت ظاهر واما اذا انبته صاحب الارض بالسقي فبعد اختلاف الروايه ذكر في
المحيط والذخيره والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان ياخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدوري انه لا
يجوز بيعه لان الشركه في الكلا ثابته وانما ينقطع بالحيازه وسوق الما الى ارضه ليس بحيازه للكلا فبقي على الشركه
فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجاره فلمعنيين احدهما وقوع الاجاره على عين غير مملوكه والثاني انعقادها على
استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقره ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك
عين مباح اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجاره على الاجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان الة
لاقامه العمل المستحق بالاجاره كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه الة للحضانه والظئوره
ولم يذكر ان اجاره الكلا وقعت فاسده او باطله وذكر في الشرب انها فاسده حتى يملك الاجر الاجره بالقبض

وينفرد

وسعد عنه فيها قال ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفه وابو يوسف رحمهما الله لا يجوز بيع النحل وقال محمد
رحمه الله يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقه باستيفاء ما يحدث
منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير ماكول لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من
الهوام والهوام وهي المخوفه من الاجناس لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير رايت ان وجدها عليها بكم يردها
وفيه اشاره الى ان النحل لا قيمه له ولا رغبه في عينها قوله والانتفاع بما يخرج منه جواب عن قوله حيوان منتفع به
يعني لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال فيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش
فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال باعيانهما وفيه بعد لخروجهما بقوله بما يخرج منه واذا كان
الانتفاع بما يخرج منه فصار كخروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بان باع كوارة بضم الكاف وكسرها
وهي معسل النحل اذا سوي من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال
القدوري في شرحه لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق
التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكي عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه
الطريقه ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق
العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف قال ولا يجوز بيع دود القز هو بيع دود القز
وبيضه وهو البزر الذي منه يكون الدود لا يجوز عند ابي حنيفه رحمه الله لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه
بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد رحمه الله لكونه منتفعا به ولمكان الضروره في بيضه
قيل وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه
مطلقا لمكان الضروره ونقل عنه انه مع ابي حنيفه كما في دود وهذه العباره تشير الى ان ابا حنيفه انما لم يجوز بيعه
بانفراده واما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه حال مقدور التسليم
وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهوا وانما ذكره هاهنا اتباعا لما ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير
لانه وضعه ثمه قال ولا يجوز بيع الابق هو بيع الابق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الابق ولانه غير مقدور التسليم والابق
الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون ابقا في حق احد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده
لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير ابق في حق المشتري فيعني العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير
قابضا بمجرد العقد اولا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب العقد بالاتفاق وان قبضه للرد فاما ان اشهد
على ذلك اولا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه امانه عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من المولى
وقبض الامانه لا ينوب عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري
لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه وبعد القبض ليس للبايع فسخه بخلاف الامانه واما الملك فان الضمان يثبت
الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبه وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب
وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفه ومحمد وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف وقول المصنف يجب
ان يصير قابضا كانه اشاره الى انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعده ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه
مني فباعه لا يجوز لكونه ابقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البايع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده

قال فلان براوض فلانا على الداري يداريه ليدخله فيه ويخطبه

حتى صح

قال صح

ولو باع الابق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه
اخذ مشايخ بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا لان عجز المحل القادر على التسليم
وقد فات وقت العقد فانعقد لعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض
بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلائم التوى بالاباق
بخلاف البيع فانه اثبات والتوى ينافيه وروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع لن
امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى
لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي
وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا
واما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد
فانه يحتاج الى بيع جديد قال ولا بيع لبن امراة في قدح قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم
ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي
بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازا عن الخمر فانها ليست
بطاهرة ولنا انه جزء الادمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية وجزء الادمي ليس بمال
لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الادمي لكان مضمونا بالاتلاف
كبقية اجزاء الادمي واجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل الا ترى ان
الجرح اذا اندمل به البرء سقط الضمان وكذا السن اذا نبتت قوله وهو اي الادمي بجميع اجزائه مكرم يجوز
ان يكون دليلا اخر وتقريره الادمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم
ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن
الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود
الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق
مختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو اي المحل هو الحي ومعناه انهما صفتان يتعاقبان
على موضوع واحد فيها ضد لان واذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله
مشروب طاهر ان المراد به كونه مشروبا مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه
والثاني حل لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون بالالبان الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك
على كونه مالا كالميتة يكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعها قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير
بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه نجس العين ونجس العين
لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان لذلك
وجب ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد
الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير
الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة
ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان

لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول ابي يوسف حيث
اخره وقيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضي خان قال ولا يجوز بيع شعور الانسان
بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك
به وجه الظاهر ان الادمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا وفي البيع والانتفاع
ذلك ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة
من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف رحمه الله بيع شعر الخنزير احترازا عما تقدم وجعل بيع شعر الادمي
اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين متنافيين اجيب بان البيع مبادلة
فلا بد فيه من المبيع فان كان ما يحقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز
ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه
الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جوازها
ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالابانة فشعره وهو طاهر اولى ولان
في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرمة الانتفاع به وهو محجوج
بالفروة ولا باس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء اي في اصول شعورهن
بالكثرة وفي ذوائبهن بالطول ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال
صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة
فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فلم
تزايل بالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله لا تنتفعوا نهي والنهي يقتضي المشروعية
فيقتضي الجواز فالجواب انه نهي عن الافعال الحسية وهو يقتضي التصور ليطلع عليه ولا باس ببيعها
والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به لان ما يشبع ازالة الرطوبات كالذكوة والجلد يطهر بها فيطهر
بالدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله
لانها طاهرة لا تحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله
اعتبارا به في حرمة اللحم وغيرها قال لا تقع عليه الذكاة واذا ذبح جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع حتى ان عظمه
لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع قالوا بيع عظمه
يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لاخر
اذا كان السفل لرجل وعلوه لاخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس
بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا
اشترى ارضا لم يكن لها شرب ينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء لوجوب الضمان
بالاتلاف فان سقى ارضه بغيره فانه يضمن ولان له حظا من الثمن ذكر في كتاب الشرب قال في شاهدين
شهد احدهما بشراء الارض بشربها بالف ولم يذكر الشرب لم يقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض

لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس
بمال على ان بيعه معها يثبت بزوالها باعتبار التبعية قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع رقبة الطريق
وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو حد
محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز
للجهالة لانه لا يدرى قدر ما يشغله الماء والعقد الاول لا خلاف في بيع رقبته من حيث انه ارض فانه ارض مملوكة
جاز بيعها ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لا خلاف في بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حده ونفعه
فانه جائز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسيل وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة
الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين
رجلين فيها طريق لرجل اخر ليس له منعهما من القسمة وترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه
لا حق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق
وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق يكون على عدد الرؤس
لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو يدل
على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق
بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز في كلا محتمليه لما قال واذا عرف هذا
فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر انفا وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات
لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم
لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان او بالتقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح او الارض
والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلق به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته
والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق
المرور يلجي الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى
وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه
الاعيان فالبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها
ومنه يظهر ان السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال
ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما
وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية جنسين لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت
كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت وللاستفراش وللاستيلاد اللذين لا يصلح
لهما الغلام بالكلية والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر
والانثى في ذلك سواء فالمعتبر اختلاف الجنس والحال وتفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس
فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لفحش التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار
قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارى جنسين مختلفين على ما قال
المشايخ في شرح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسميته

فان

فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى منه جنسين كبني ادم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل لانعدامه فاذا باع
قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة
فان التسمية لبيان الماهية يعني من موصوفه بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني بمجرد اعيان صفة والابلغ
في التعريف اقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة في
ذلك للاشارة لا التسمية لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا
تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمد رحمه الله فاذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات
الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كما اذا اشترى عبدا على انه
خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المص الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف وعن يقصد بكونه انقص
لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي لذلك وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام
والصدر الشهيد ان الموجود ان كان انقص من المشروط الغايب كان له الخيار وان كان زايدا فهو للمشتري
ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه وجيه اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى الخباز
فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا واما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة
خير وان وجده احد عشر فهو له بلا خيار قال ومن اشترى جارية بالف درهم
حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي هو يقول
الملك قد تم فيها بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او
على الثمن الاول او بالعرض وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو اما ان يكون من المشتري
بلا واسطة او بواسطة شخص اخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقا اعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص او باكثر او بالعرض
والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي رحمه الله
جوزه قياسا على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر
والمعقول اما الاول فما قال محمد حدثنا ابو حنيفة يرفعه الى عائشة رضي الله عنها ان امراة سالتها فقالت اني اشتريت جارية
من زيد بن ارقم بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بئسما شريت
وبئسما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب
فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال
انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع الرسول واجزية الافعال لا تعلم بالراي فكان مسموعا
من رسول الله والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا ولان زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا
لان في المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز ان يكون
الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبها جواز البيع الى العطاء
وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثاني حيث قالت بئسما شريت مع ان العقد الاول
على هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني فان قيل العقد غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون
الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه اجيب بان تلاوتها اية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض

فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع نفسه بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا واما الباقي فهو ما كان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين يبقى له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يتعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربوا وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد خرج عن ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل الاول انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فثبتت فيه شبهة الربح قال ومن اشترى جارية بخمسمائة هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى باقل مما باع وتقدم فسادا لو ولو نوقض بما اذا باعهما بالف وخمسمائة فان السؤال قد ذكرها العلامتان في الاتقان شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب لما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة نصيب كل واحد منهما اكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز وبيانه انا لو جعلنا بازاء ما باعها الفا جاز ولو جعلنا الفا وخمسمائة جاز ولعلم جرا وليس البعض بالحمل عليه اولى من البعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز شبه الفساد في الوضع فلا يكون صحيحا على انه معارض بان يحمل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة وخمسين ثلثمائة او اقل او اكثر فيتعدد جهات الجواز وليس البعض اولى وبان كل جهة يصلح ان يكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى ان يقال جهات الجواز لتعقيبه وجهة الفساد لتعقيبه والترجيح هنا للمفسد ترجيحا للمحرم ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لا مرار لانه مجتهد فيه لخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر اما اولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف يوضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان ابا حنيفة رحمه الله ابطل اسلام القوهية في القوهية والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه لانه لو اسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساده ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهية المروية واما ثانيا فلان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة وهي غير معتبرة وبيان ان في المشتراة شبهة الربوا ان في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربوا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري والبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة

في باب الربوا واما ان الفساد طارئ فلوجهين احدهما انه قابل الثمن بالجارتين واي مقابلة صحيحة اقل ما يشترط فيها ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتها فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء المبيع فيفسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طاريا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة لان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الاخر والبيع جائز في العبد لان شمس الائمة قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه عجز عن التسليم لحق المدبر وذلك المعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الاخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة تتقاص خمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة لو سلم الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها ولا شك في طروه فلا يسري الى الاخرى قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه اشترى زيتا على ان يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على ان يزن ويطرح بوزن الظرف جاز لكونه يوافق المقتضاه قال ومن اشترى سمنا في زق ومن اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض او في مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق والقول فيه لان الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه قال واذا امر المسلم نصرانيا اذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وحكم التوكيل بالخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال ابو حنيفة المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل فالاولى اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المامور به وللنصراني ذلك والثانية اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الاترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير ولا يقال الوراثة امر جبري والتوكيل اختياري فانى يتشابهان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت بدون اختياره كما في الموت والاترى الى ان المأذون له النصراني اذا اشترى خمرا ثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا اوصى الى مسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهي لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسي مدفوع بان حقوق العقد في النكاح ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلا جامعا لفروع اصحابنا وتقريره ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد

وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن والمبيع والى ما لا يقتضيه
وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة
لاحد العاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق والى
ما هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط يرد وكان لو قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط
وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط حديث افاد ما افاده العقد المطلق وفي
الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك لان الثابت بالعرف قاض على
القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج
للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا
القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد العاقدين
كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة تكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانها لما
قصد المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو ربوا لا يقال لا نطلق الربوا الا على المجانس
للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربوا لانه مال جاز احد العوضين عليه ولم يعوض عنه بشيء في العقد فكان
ربوا ولانه يقع بسبب المنازعة فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب الشرائع
وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا يتداوله
الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة
احد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط
ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا
وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف انه يبطل البيع به نص عليه في المزارعة لتضرر المشتري به
من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين
والجواب ان المعتبر المطالبة ولا يتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع
العبد بشرط ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط
لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط
يقتضي الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة وليس احدهما من العقد والشرط اولى بالعمل من الاخر
فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد
كان مشروعا وبالنظر الى وصف الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة للشافعي
الا ان البيع بشرط العتق من قول فانه يجوزه وتفسيره على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط
بالبيع بشرط العتق وفسر المصنف بان يبيع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي
ما ذكره المصنف فقوله فيفسده لانها غير ان فيصح قياس احدهما على الاخر بجامع ولئن كان تفسيره عنده ما ذكره
في المبسوط فلابد ان يعتبر قول المصنف تفسيره يلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس المنفي على نفيه وشأن الحاقه
بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضي الله عنها
تستعينها في المكاتبة فقالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعتقتها
وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وعزّها في بعضها في هذا

الشرط

الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي لما عرف في الاصول
والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك
الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط
العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك فان بيع
المكاتبة لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسم الريح وسميت بها النفس والمصاب قوله اسم على الحال على
معنى مخرج منها للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق
النسمة صارت كانها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب قال
ومن باع بالشرط واعتق بعدما اشتراه صح البيع ووجب الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وما لا ينبغي فاسدا كما كان فوجبت
عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط
التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وجد من المشتري بالشرط او لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا لحقيقة الحرية
بحق الحرية وان ابا حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد التصرف
به المغاير للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنهي للشيء مقرر له الا ترى ان العتق لا يمنع الرجوع
بنقصان العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين كونه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط
فاذا وجد فقد تحقق الملائمة فيرجح جانب الجواز عملا بالدليلين وبما قررنا يتخلص من ورطة شبهة لا تكاد
تنحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا او لا فان كان الاول فتحقق بتقرر الفساد ولئلا يلزم
فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة
لعدم الملائمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا
بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا
اتلفه بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة
فان الملك لا ينتهي بها لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب يخرج من الاجازة والا لانها انما
يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت قال ولذلك اذا باع عبدا
على ان يستخدمه البائع شهرا البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على ان يقرضه المشتري احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار
على ان يقرضني فلان الاجنبي الف درهم فقبل المشتري صح البيع لانه لم يلزم الاجنبي الاقراض ولا المشتري لانها ليست
في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على ان اضمن بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي
عليه السلام نهى عن بيع وسلف وايضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن قال
ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر الاجل في المبيع العين باطل لافضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع
ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا
عن الدين فان تأجيل الاجل فيه مفيد لحاجة الى التحصيل قال ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا

الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة اقسام الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه كلاهما اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها او لو دان على جارية الا حملها او رهن جاريته الا حملها او كاتب عبدا على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم وكذا ما في معناه والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما ذكره من الاصل وهو ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة بانتقاله وتقرر اعتبار وبيع الاصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى مقصود ودلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا قوله عمر ان المفسد في الكتابة استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر او الخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاءً لانه مال في حق المولى ولا يصح الا ببدل معلوم ويحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء فلان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور واعترض على قوله الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية عقد الا ترى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا ولقائل ان يقول اعتبر الوصية عقدا وعكس الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعل الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم

بجنر

يجز وذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد الخدمة بالعقد فما الفرق بينهما والجواب انا قد منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فما صلح ان يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع الخ قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده فان هاهنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكانه اشار اليه بقوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وهاهنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية قال ومن اشترى نعلا الخ حذا النعل يقطعها بالمثال قطعها به فهي تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم ومن اشترى صرما وشرط ان يحذوه نعلا على ان يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بينا انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وجاز لكن جوز للتعامل جوازا ان الاستصناع والبيع الى النيروز معرب نوروز وهو اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة اي المجادلة في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فيكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج الخ الحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس ان يوطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتأخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها فان عائشة كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة وابن عباس رضي الله عنهما منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا يدل على ان الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتأخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة في اصل الثمن لم يكن محتملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تأجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه

في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الاجال اعني النيروز والمهرجان الى اخر ما
ذكرنا من العطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل محلول هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا
لزفر رحمه الله هو يقول العقد فاسد فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما
على قول زفر فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهذا استدلال من جانب زفر
بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير ولنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق
عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت
في ابتدا العقد فلا يعتد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد اجاب
بان هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد ويمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت لان
الفساد فيه في صلب العقد واعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا
وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى ان يهب الريح ثم اسقط الاجل لا ينقلب جائزا واجيب
عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا ترى ان من صلى بغير
طهارة ثم تطهر لم ينقلب صلاته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا
والهبوب قد يكون متصلا بكلامه وقوله وبخلاف النكاح جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره
انا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا اخر
والنكاح الى اجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب اي القدوري ثم تراضيا
خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد
او شاة ذكية وميتة اذا جمع في البيع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا
اعني سوا فصل الثمن او لم يفصل عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى
لكل واحد ثمنا مثل ان يقول اشتريتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية وان
جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لزفر
رحمه الله فيهما اي في العبد والمدبر وفي الجمع بين جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام
الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب ان يجعل مع الذكي
كبيع القن مع المدبر اجيب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطا بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى
ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضا فكان بمنزلة من جمع بين
الحر والعبد في البيع لزفر رحمه الله الاعتبار بالفصل الاول يعني الجمع بين الحر والعبد على انهما
المحلية في حق الجميع ولابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا سمى لكل ثمنا ان الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت
بقدر دليله والمفسد في الحر لكونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع
بين الاجنبية والاخت في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول
ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا
لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الاخر
واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا
فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون
قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة

لاحد

لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا
للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا واما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد
اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في احدهما دون الاخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع
بين العبد والمدبر واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر لفظ البيع او المشتري وقد تقدم
في اول البيوع وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس
بمال لا يقابله بدل فكانه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم الي خمسمائة اخرى فيقع بفضل
خال عن العوض في البيع وهو الربوا وعن الثالث بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا
فلا يكون مما نحن فيه واذا تحقق هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما وقوله
بخلاف النكاح جواب عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله
اما البيع في هولاء متصل بقوله لان الحر لا يدخل تحت العقد واراد بهولاء المدبر والمكاتب وام الولد وعبد الغير
فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان وقوله ولهذا ينفذ يجوز ان يكون
توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته وفي المكاتب على رضاه في اصح الروايتين
وفي المدبر على قضا القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد بعد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
خلافا لمحمد بنا على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضا على خلاف الاجماع فلا
ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضا في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل
كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب
انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك
ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضا القاضي لا ينفذ في غير محله واذا انعقد بها عرفنا
المحلية فيها ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا
الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهولاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع وهذا اي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في
البقا فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض يبقى العقد في الباقي بحصته من الثمن فلم يمنع من
الصحة وهذا اي الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة
ابتدا بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه

اي فيما اذا جمع بين القن والمدبر فصل في احكامه واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشي
لكونه اثرا ثابتا به يعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم اقساما اربعة صحيح
وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي رحمه الله الى صحيح وباطل لا غير فاذا قبض المشتري
المبيع في البيع الفاسد بامر البائع يعني باذنه وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة
ذكر القبض لترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض
وامر البائع يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحا او دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو ان
يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصحيح فانه يفعله
مطلقا وقيد بان يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها وقوله ملك المبيع هو قول
عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك

العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور
والمحظور لا ينال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان النهي نسخ
للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن
وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعا ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما
اذا باع الخمر بالدراهم او بالميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد
مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالرضى صدر من
اهله اذ الكلام فيه لانه لا خلل في العاقدين مضافا الى محله لذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك
فهذا البيع يفيده لا محالة وقد يكون النهي نافيا لذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه
التصور ليكون النهي عما يتكون لتكون العبد مبتلى بين ان يترك باختياره فيثاب وبين ان ياتي به
فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه
في وصف مجاور له كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه اتم واعترض
بان المحظور في البيع وقت النداء المجاور واما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون
قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد واجيب
بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم
والمجاور جمعا والمتصل وصفا سيان في ذلك وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما
يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان على التقرير يطلع على ذلك قوله
وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل
القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم
المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد
وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد
يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلان يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة احد المتعاقدين اولى
لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والنقل ثم الرفع بالاسترداد وعورض
بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع
بعده كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع
والالزام ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه
القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على اني بالخيار والمعلق بالشرط
معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء
مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط اهدر اعتبار القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد
القبض يثبت من ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى
الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا يعتبر بها قوله

والان

ولان السبب دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد
قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان للقبض شبها بالايجاب
فصار كان ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه وهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضد العقد من القبض
وقوله والميتة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة
ليست بمال والبيع بما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثمنا وهو ما اذا اشترى
الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعني في اوائل البيع الفاسد والمراد به ما قال وأما بيع الخمر والخنزير
ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيها اذا كان الخمر مثمنا
بطلان البيع في المتنازع فيه وشيء لفق اي دليل لفق سوى ما ذكرنا هنالك وهو ان العقد الواقع
على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد البيع في
الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عوض يقابله الدرهم او الدينار في البيع هو مثمن لتعين
الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور المبايعات فالقول به
تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اشارة الى ان الصحيح الاذن
بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا وقوله هو
الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة وقال وما قبضه بغير اذن البائع
في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على
القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا
القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق
بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط
لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على
وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام في
المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما توقف على المجلس لان القبض في
ذلك في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا
التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن
البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التي
تهب والبيع مع نفي الثمن فيجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا
لكن ذكر جهة الاثمان لتعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان وقوله اي قول القدوري
لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة فاما في ذوات
الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه

بالقبض فتشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى
فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد ش كل واحد
من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعا للفساد وسواء كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل
القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلانه
اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي لمعنى في احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب
بخمر او لشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز او المهرجان ونحو ذلك فان كان
الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد وعند ابي يوسف
بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي له الشرط
ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص واما اذا لم يكن كذلك
فعنه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قيل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكر ان العقد
قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه
واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق للشرع
فانتفى اللزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا في الذخيرة
والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل
من ملك بالقبض شيئا ملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله
كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان مأكولا لم يحل اكله ولو كانت جارية لم يحل وطيها ذكره في شرح الطحاوي
فلم يملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع فان محمدا نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله
لان البايع سلطه على ذلك وذكر شمس الائمة انه حلال ولكن يكره الوطي ولا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي
محمول على عدم الطيب وليس فيه لو طي ما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى وجوابه ان التصرف
باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل واذا كان البيع نافذا سقط حق استرداد البايع لتعلق
حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع
وحق العبد قدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او
تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورثه ورثته والورثة ان تعلق بذلك
حق العبد فكان ذلك نقضا واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد
الشراء عذر في فسخها كما ياتي ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج
يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج
بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان
للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو
مات البايع كان لورثته ان يستردوا المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا بخلاف ما اذا اوصى المشتري
بالمشتري

بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبايع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري
الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياره فليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب قال قيل
قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله
ويقدم حق الشرع واجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه
لا الى الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاول دليل آخر على سقوط حق الاسترداد البايع ووجهه
ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع
باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا
يعارض الصحيح قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البايع دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني
حصل بتسليط البايع الاول حيث كان القبض باذنه فالاسترداد نقض ما تم من جهته وذلك باطل
ونوقض بالاسترداد قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب انا لا نسلم التمام فيه
فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنتهي
متقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته قوله بخلاف
تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق العبد بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات
المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقهم بها لكن للشفيع ان ينقضها ووجه
الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز
نقض احدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق العبد يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو
مرجوح عنه واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ يتحول الصفقة اليه
فيبقى تصرفات المشتري بلا سند فينتقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه
نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد
من الشفيع شيء من ذلك قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه ش ومن اشترى عبدا بخمر
او خنزير فقبضه باذن البايع واعتقه او باعه بيعا صحيحا واعاد لفظ البيع كما هو ان يعين لفظ محمد رحمه الله
او تركه او وهبه وسلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة اما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه
بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض
فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلكه فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع
انقطع حق الاسترداد على ما مر آنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن نظير البيع
لانهما لازمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن والكتابة في حق المولى الا ان حق
الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصيصهما
في عود الاسترداد بزوال المانع وجه لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب
قبل القضاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبايع ولاية الاسترداد لو لم يعود قدم ملكه اليه ثم عود
حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضاء بذلك
فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد قوله ولهذا

اى انقطاع الاسترداد او بالتصرفات المذكوره بخلاف الاجاره فان حق الاسترداد لو وجبها لا ينقطع لما ذكرنا
انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا
ولعل في الجوابين اشاره الى المذهبين فيها قال وليس للبايع في البيع الفاسد ان ليس للبايع
في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهايه اى القيمه التى اخذها من المشترى وليس
بواضح بل المراد به ما اخذه البايع في مقابله المبيع عوضا كان او نقدا ثمنا او قيمه وهذا الحكم ثابت في الاجاره
الفاسده ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان له ولايه ان لا يدفع المبيع الى ان ياخذ
الثمن من البايع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه لان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وههنا
المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البايع فالمشترى احق به حتى يستوفى الثمن لانه يقدم
عليه حال حيوته لما تقدم من ان للمشترى حق منع البايع من المبيع الى ان ياخذ ما ادى اليه وكل
من تقدم على حال حيوته يقدم على غرمايه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات
ولد ورثه وغرما فالمرتهن احق بالرهن من الورثه والغرما حتى يستوفى الدين ثم ان كانت دراهم
الثمن قايمه ياخذها بعينها لانها فيه بعينها يتعين على روايه ابى سليمان وهو الاصح وعلى روايه ابى
حفص لا يتعين والقرض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل يعين المقبوض للرد على
الروايتين وجه روايه ابى حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه روايه ابى سليمان ما ذكره المصنف
ان الثمن في يد البايع بمنزله المغصوب في كونها مقبوضين لا على وجه مشروع وقبل في حكم النقض
والاسترداد ولو والدراهم المغصوبه تتعين للرد فكذلك هنا اذا كانت قايمه وان كانت مستهلكه
اخذ مثلها لما بينا انه بمنزله المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر في الفوايد الظهيريه ان المبيع يباع
على المشترى فان فضل شى يصرف الى الغرما كما في بيع الرهن بالدين قال ومن باع دارا بيعا فاسدا
من باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها عند ابى حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد ينقض
البنا ويرد الدار وكذا اذا المشترى لو غرس فيها وذكر في الايضاح ان قول ابى يوسف هذا
هو قوله الاول وقوله الثانى مع ابى حنيفه لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع لانه يحتاج فيه الى
القضا او الرضى ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد يقدم ان
البايع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشى فالاقوى لا يبطل
به وهو يدل على حق الشفيع لا يبطل بالبنا والغرس فحق البايع كذلك ولابى حنيفه ان البنا والغرس
حصل للمشترى بتسليط من جهه البايع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع اذا حصل
المشترى بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشترى لم يبطل حق الشفيع
وكذا لو باعها من آخر فانه ياخذها الشفيع بالبيع الثانى بالثمن او بالاول بالقيمه وان كان الشفيع
في البيع الفاسد لان حق البايع قد انقطع ههنا وعلى هذا ضا رحق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى
من حق البايع لوجوده منه وهذا النوع يسكك ان قوله ما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجه
تحصل وانما وطيها اشاره الى الاحتراز عن الاجاره فان البنا والغرس بالاجاره لا يقصد
بهما الدوام ولعل ذلك لان ملحقه بالبيع في كونه منهيا معتبرا لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع
فكان منهيا للملك فيسقط به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان ياخذ

بالشفعه

٢٥

بالشفعه لانقطاع حق البايع في الاسترداد بالبنا والغرس ودرته حج بمنزله البيع الصحيح فيستقيم الشفيع
نقض المشترى واعترض بانه اذا وجب نقض البنا لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه
لحق البايع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا لو نقل ما ذكر فليس بوارد واذ البايع مسلط
دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الاولويه وبطلت الملازمه
واعترض ايضا بانه اذا انتقض البنا لحق الشفيع وجب عود حق البايع في الاسترداد لوجود المقتضى
وهو العقد الفاسد وانتفا المانع وهو البنا كما اذا باع المشترى شيا فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه
المبيع بما هو فسخ واجاب بوجود مانع لو فان المانع من الاسترداد انما يبقى بعد ثبوت الملك
للشفيع وانه مانع لو من الاسترداد ولهذا لان النقض انما وجب ضروره الحاق الشفيع
فصار النقض يقتضى صحه التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى
وهو التسليم الى الشفيع دون وجوب القيمه في هذه المسئله عن ابى حنيفه ليعقوب رحمهما الله ثم
شك بعد ذلك في حفظ الروايه عن ابى حنيفه لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص
محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعه ان عند ابى حنيفه للشفيع الشفعه في الدار التى
اشتراها المشترى شرا فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما لا شفعه للشفيع فيها وحق استحقاق
الشفعه مبنى على انقطاع حق البايع في الاسترداد بالبنا والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته
قال بانقطاع حق البايع ومن قال بعدمه قال بعدم انقطاع حق البايع لان وجود الملزوم بدون
لازمه محال وعلى هذا لم يحفظ مذهب ابى حنيفه من ثبوت الشفعه لا يشك في مذهبه في انقطاع
حق البايع من الاسترداد ولم يبق الشك الا في روايته عنه لمحمد رحمهم الله قال شمس الايمه السرخسى
رحمه الله هذه المسئله هى المسئله الثالثه التى جرت المحاوره فيها بين ابى يوسف ومحمد رحمهما الله
قال ابو يوسف ما رويت عن ابى حنيفه انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البنا وقال محمد
بل رويت لى عنه انه ياخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان في الروايه حيث لم ينقل
مذهب ابى حنيفه لذا وانما قال انا رويت وفيه ما فيه ولما كان هذا الموضع محتاجا الى ما كتبه ذكر المصنف
قوله شك يعقوب في الروايه وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير
والراوى في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسايل التى رواها يعقوب
عن ابى حنيفه لمحمد رحمهم الله قال ومن اشترى جاريه بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال
على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين بخلافهما والخبث ايضا على
نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فاما الاول فانه يوثر فيما يتعين دون ما لا يتعين
والثانى يوثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جاريه بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق
بالربح وان اشترى البايع بالثمن شيئا وربح فيه طاب له الربح لان الجاريه مما يتعين بالتعيين فيتعلق
العقد بها ويوثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثانى بعينها فلم يوثر
الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعيين فيها انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك

هذا العبد بتلك الدراهم كان له أن يتركها ويدفع إلى البائع غيرها لأن الثمن يجب في ذمة المشتري
لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار إليها في المبايعات وهذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة
وهي أنها لا تتعين لا على الأصح وهي التي تقدمت أنها تتعين في البيع الفاسد لأنها بمنزلة المغصوب
ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى
بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن الخبث
لما كان لعدم الملك أثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال أبو يوسف رحمه الله يطيب له الربح لأن
شرط الطيب الضمان والغرض وجوده ولهما أن العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز
الاستبدال وبما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن وبيانه أنه إذا اشترى
بها فلا يخلو إما أن أشار إليها ونقد منها أو أشار إليها ونقد من غيرها فإن كان الأول فقد تعلق به
سلامة المبيع لأنه هو الواقع ثمنا وإن كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الأول
حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل إليه بمال الغير لأن بيان جنس الثمن وقدره وصفته
أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا
وإذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين إلى شبهته لأن
حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما له فيه شائبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون
فيما لا يتعين نزل إلى شبهة الشبهة لأن تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث
لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بما له فيه شبهة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها
فصل بالحديث وهو ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة والريبة هي الشبهة وهو
دليل على أن الشبهة معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على عدم
اختصاص الريبة بالشبهة لا غير وأما إذا كان شبهة الشبهة أيضا داخلة في الريبة فقد ثبت به
خلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت ما دونها أيضا دفعا
للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة إذ قل ما يخلو عن شبهة شبهة فما دونها قال
وكذلك إذا ادعى رجل وقال لآخر لي عليك ألف درهم فاقضها فقضاها ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء
وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح لا يجب التصدق به لأن الخبث فيه لفساد الملك لأن الدين
وجب بالتسمية بدعوى المدعي وإقرار المدعى عليه وملك بالقبض بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا ملكه
لكن لما تصادقا أنه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لأن بدل المستحق
مملوك إذا كان عينا يتعين كما إذا اشترى عبدا بجارية وأعتقه فاستحقت الجارية فإن العتق نافذ
ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص فإذا كان فيما لا يتعين أولى لكنه
لفساد الملك إذ الاستحقاق قصدا في مقابلة لا يحقق فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك
لا يعمل فيما لا يتعين فصل فيما يكره قيل المكروه أدنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه
فلذلك ألحق به ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن النهي إذا كان لأمر مجاور كان مكروها
وإذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
النجش بفتحتين وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث
قال عليه السلام لا تناجشوا أي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك أن الراغب رغب فيه بأزيد من الثمن وهو خداع والخداع

قبيح

قبيح جاوز هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا أن الراغب في السلعة إذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها
فزاد شخص لا يريد الشراء إلى ما يبلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخداع ونهى عن السوم على سوم غيره
قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه وهو نفي في معنى النهي فيفيد
المشروعية وصورته أن يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد
البيع حتى دخل آخر على سومه فإنه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الإيحاش والإضرار وهما قبيحان
عن البيع فكان مكروها فإذا جنح البائع إلى البيع بما طلب به الأول من الثمن وكذلك في النكاح أما إذا لم يجنح
فلا بأس بذلك لأنه بيع من يزيد وقد روى أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا
وحلسا ببيع من يزيد قال وعن تلقي الجلب أي ونهى عليه السلام عن تلقي الجلب أي المجلوب وصورته
المصري أخبرهم بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر ليبيعه على ما أراد وذلك لا يخلو إما أن
يضر بأهل البلد أولا والثاني لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين أولا فإن كان الأول بأن كان أهل
المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وإن كان الثاني وقد لبس السعر
على الواردين فقد غرهم وهو قبيح فيكره وإلا فلا بأس بذلك قال وبيع الحاضر للبادي أي
ونهى عليه السلام عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه السلام لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لأهل
المصر ويبيعه لأهل البادية بثمن غال فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك أو في قحط
يتضررون فإن كان الثاني فهو مكروه وإن كان الأول فلا بأس بذلك وعلى هذا يكون اللام في للبادي
بمعنى من وقيل صورته أن يتولى الحاضر البيع لأهل البادية ليغالي في القيمة قال
والبيع عند أذان الجمعة أي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى
وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة لوروده بشأن القبح المجاور فإن البيع قد يخل
بواجب السعي إذا قعدا أو وقفا يتبايعان وأما إذا تبايعا يمشيان فلا إخلال فيصح بلا كراهة
وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المعتبر في ذلك هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال كل ذلك
أي المذكور من أول الفصل إلى ههنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لأن الفساد أي القبح في أمر خارج
زائد أي مجاور ليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة وتفسير بيع من يزيد ما روى أنس رضي
الله عنه قد مر آنفا نوع منه أي هذا الذي شرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين أو صغيرا
وكبيرا أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق
بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة قوله ووهب معطوف على قوله عليه السلام
من حيث المعنى لأن تقديره والأصل فيه قال عليه السلام ووهب النبي عليه السلام لعلي غلامين أخوين
صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك ويروى اردد اردد ووجه
الاستدلال أن الأول هو الوعيد والثاني يدل على الأمر بالإدراك والرد والوعيد جاء للتفريق والأمر
بالإدراك والرد والوعيد جاء للتفريق والأمر بالإدراك على بيع أحدهما وهو يوجب ولم يتعرض للبيع فعلنا
بكراهة البيع لإفضائه إلى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استئناس
الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد
وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد النبي عليه السلام بقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها لكان

كان المراد بترك الرحمة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وترك
الرحمة وذلك متوعد بقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق إنما هو باعتبار استيناس
وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر
الكلام بلا ضرر للمولى أو الصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا
محرمية بينهما أصلا حتى لو كان أحدهما أخا رضاعيا للآخر أو كان أمه والآخر ابنها من الرضاع أو كان
أحدهما ولد عم أو خال أو كان أحدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لأن النص النافي ورد بخلاف القياس
لأن القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وكل
ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده هما الوالدة وولدها والأخوان وقيل في
كلام المصنف تناقض لأنه علل بقوله ولأن الصغير يستأنس بالصغير ... ثم المنع معلول بالقرابة
المحرمة للنكاح ثم قال لأن النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب
ما أشرنا إليه في تفسير كلامه أن مناط حكم المنع عن التفريق إنما هو استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة
المحرمة للنكاح بدون ضرر للمولى أو الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يحتج به إلحاق الغير بالدلالة
إذا ساواه لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير
وبين قوله ورد بخلاف القياس وإذا ظهر هذا تبين أنه ليس في القرابة والمحرمية ولا ما فيه ضرر ما يساوي
القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة
المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع ولو كان أحدهما صغيرا فكانت
العلة منقوضة أو لزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسد عند عامة المشايخ والأول من المواضع ما إذا صار
أحدهما في ملكه في حال لا يمكنه بيعه كما إذا دبر أو استولد إن كانت أمة فإنه لا بأس ببيع الآخر وإن حصل
التفريق والثاني إذا جنى أحدهما جناية في نفس أو مال فإن للمولى أن يدفعه وفيه تفريق مع أنه مخير بين
الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة والثالث إذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء أحدهما
وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع إذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع أحد الكبيرين استحسانا
ولم يلزم التفريق والخامس إذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية
ولزم التفريق والسادس جاز إعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق والسابع إذا كان الصغير
مراهقا جاز بيعه برضاه ورضى أمه ولزم التفريق وإذا تأملت فيما مهدنا لك اتضح لك عدم ورودها
لأن ما خلا الأخير يشتمل على الضرر أما الأول فلأن بيع أحدهما لما امتنع من معنى شرعي لو منع عن بيع الآخر
تضرر المولى والمنظور إليه دفع الضرر عنه لا الإضرار به لأن المنع عن تصرف التفريق مع وجود
الملك المطلق له إضرار تكلف تحمله لأنه لو لم يتحمل ذلك لزم إهمال الحديث وأما الثاني فلأنه لو ألزم المولى
الفداء بدون اختياره تضرر وأما الثالث فلأن منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم عن
شرائه تضرر الصغير قصدا وعادت على موضوعه بالنقض فإن الحربي يدخله دار الحرب

فينشان

فينشأ أن فيها وضعه وذلك ظاهر في الدنيا لوقوعه في الأسر والقتل وفي الآخرة لأن الظاهر من ينشأ مع
ملتهم أن يكون على دينهم وأما الرابع فلأن منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بما لا إضرار له للمولى
وأما الخامس فلأن التفريق فيه ممنوع على ما روي عن أبي يوسف وعلى ظاهر الرواية إنما جاز لأن رد المبيع
المعيب حرام من كل وجه وفي إلزام المعيب إضرار للمشتري وفي رده دفع للإضرار عنه وأما في السادس
فلأن الإعتاق أولى من الجمع بكل الوجوه لأن المعتق والمكاتب صار أحق بنفسه فيعود ويزور حيث شاء ولم
أحق وتعاهد أمور على ما أراد ولأن إعتاقا لخروج عن ملكه بعدما حصل المعنى الموجب إبقاؤهما جميعا بزيادة
وصف وهو استبداده بنفسه وأما في السابع فلأن المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع
الضرر فعلم أن الأخير من ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به وأما السادس فلا تفريق فيه
وأما السابع فمن قبيل إسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا
بأس ببيع واحد منهما لأن التفريق لا يتحقق فيه وذكر الصغير مطلقا ليتناول كل من كان يجبره سواء كان الصغير
ابنا صغيرا له أو كبيرا وهما في مؤنته أو لا وسواء كان زوجته أو مكاتبه ولا يجوز بيع أحدهما من أحد هؤلاء
إذا كان في ملكه لحصول التفريق بذلك قوله ولو كان التفريق بحق مستحق تقدم تقريره في أثناء الأسولة وجوابها
ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال إذا جنى أحدهما أنه يستحب الفداء لأنه مخير بين أن يدفع أو يفدي فكان
الفداء أولى قال فإن فرق كره ذلك وجاز العقد قال فإن فرق كره ذلك وإطلاق التفريق يدل على أنه
يكره سواء كان بالبيع أو القسمة في المواريث والغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز وعن أبي يوسف أنه لا يجوز
في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام أدرك أدرك
ولقوله لزيد حين باع جاريته اردد اردد فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد ولهما أنه ركن
البيع صدر من أهله مضافا إلى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت
النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب عن الحديث أنه محمول على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع
منه أحدهما قوله وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص فيقتصر على ما
مر أنه فيما تقدم من الإلحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين
وكانتا أمتين أختين روي أن أمير القبط أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين أختين وبغلة فكان
يركب البغلة بالمدينة واتخذ إحدى الجاريتين سرية فولدت له إبراهيم وهي مارية ووهب الأخرى لحسان بن ثابت
وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله إذا كان المالك مسلما حرا كان
أو مكاتبا أو مأذونا له وأما إذا كان كافرا فلا يكره التفريق لأن ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

باب الإقالة

الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلقا خاصا بهما
فأعقب ذكرها إياهما وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب إليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف
وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ندب صلى الله عليه وسلم
إليها بما يوجب الثواب الذي يقضى عليها والثواب أخبارا أو وعدا وكلاهما لا يكون إلا المشروع ولأن العقد حقهما وكل
ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما وشرطها أن يكون بالثمن الأول فإن شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل
ويرد مثل الثمن الأول والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين ولهذا بطل ما تلفظا به من الزيادة على
الثمن الأول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه

قبل القبض بيع جديد في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع ولم يأخذ الشفيع ثم تقايلا وعاد المبيع
إلى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك فيشترط التقابض إذا كان البيع صرفا فكانت
في حق الشرع بيعا جديدا ولهذا لأن لفظها ينبئ عن الفسخ كما ذكرنا ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة
المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا أو بيعا فقط إهمال لأحد الجانبين وإعمالهما ولو بوجه أولى فجعلناها
من حيث اللفظ فسخا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعا في حق غيرهما فإن تعذر جعلها
فسخا بطلت كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن يتعذر جعلها بيعا كما إذا تقايلا في المنقول
قبل القبض فيجعل فسخا إلا أن يتعذر جعلها فسخا فتبطل كما إذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم
بعد هلاكها وعند محمد هي فسخ إلا إذا تعذر ذلك كما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول فيجعل بيعا إلا إذا
تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع العروض بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد رحمه الله بالمعنى اللغوي
فقال إن اللفظ للفسخ والرفع يعني لا يحتمله ذلك يقال من الدعاء أقلني عثرتي وإذا أمكن العمل بالحقيقة
لا يصار إلى المجاز فيعمل بها وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لأنه بيع في حق ثالث واستدل أبو يوسف
بمعناه فإنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع إلا ذلك واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها
بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بأنه لو كانت بيعا أو محتملة له لانعقد البيع بلفظ
الإقالة وليس كذلك وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم
بأنه قال ابتداء أقلتك العقد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا العقد بصحيح بيعا لأن الإقالة
أضيفت إلى ما لا وجود له فيبطل مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لأنها أضيفت إلى ما له وجود أعني به
سابقة العقد قبلها فلم يلزم من إرادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز إرادة
المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو صح هذه لزم أن أبا يوسف
جعل الإقالة بيعا مجازا وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والثاني أن قوله أقلتك العقد
في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد وذلك يقتضي تقرير نفس العقد واستدل أبو حنيفة
رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والأصل إعمال الألفاظ في حقائقها فإن تعذر ذلك
صير إلى المجاز إن أمكن وإلا بطل وههنا لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لأنه لا يحتمله لكونه ضده
واستعارة أحد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فإن قيل الإقالة بيع جديد في حق الثالث
ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق المجاز إذ الثابت بالمجاز مقتضى الصيغة
وهذا ليس كذلك إذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو أمر ضروري لأنه لما يثبت
مثل حكم البيع وهو الملك للبائع ببدل ظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد
ولتقرير هذا الوجه أن البيع وضع لإثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والإقالة وضعت
لإزالة الملك وإبطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه
كما يثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لأن لهما ولاية على أنفسهما فتعين اعتبار الحكم
في حق غيرهما لأنه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه قوله المذكور أن تكون الإقالة بيعا جديدا في حق ثالث
ليس بمقتضى الصيغة لأن كونها فسخا بمقتضاها فلو كان كونها بيعا لذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال

إذا صح

ثابت صح

والجواب لأبي حنيفة رحمه الله عما استدل به أبو يوسف من ثبوت الأحكام أن أصل الشارع بتبدل الأحكام ولا
تتغير الحقائق فإنه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الإقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة
من الأحكام يجوز أن يتغير وتثبت في ضمن الإقالة وأما الإقالة فمن الحقائق فلا تخرج عن حقيقتها التي هي الفسخ
إذا ثبت هذا أي ما ذكرنا من الأصل نقول إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على
الزيادة لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك
لأن فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الإقالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الشرط
يشبه الربا لأن فيه نفعا لأحد العاقدين وهو يتحقق بعقد المعاوضة خال عن العوض والإقالة تشبه
البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الإقالة كما لا يؤثر في
صحة البيع بخلاف البيع لأن الزيادة فيه إثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربا ولأن في الشرط شبهة الربا
وهي معتبرة وكذا إذا شرط الأقل من الثمن الأول لما بينا من أن رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم
يكن ثابتا فرفعه يكون محالا إلا أن يحدث في المبيع عيب فجازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات
بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما إذا اشترى جارية بألف درهم وتقايلا بألف درهم صحت الإقالة
ولو تقايلا بألف وخمسمائة صحت بالألف ولغى ذكر الباقي ولو تقايلا بألف إلا مائة فإن لم يدخلها عيب
صحت الإقالة بألف ولغى النقص ووجب على البائع رد الألف على المشتري ولو دخلها عيب صحت الإقالة
بما شرط ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب لأنه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز أن يحتبس عند
البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الحط بقدر حصة العيب أو أكثر بقدر ما يتغابن الناس
فيه أو لا وقال بعض المشايخ تأويل المسألة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة
يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله وإن كانت فسخا لكنه في الزيادة
غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فإذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الإلغاء
ولا فرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لأن الأصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل
النقصان لأنه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسخا فهذا أولى واعترض بأن كونه فسخا إذا سكت
عن كل الثمن إما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والأول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض
لأن أبا يوسف إنما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فإن فيها ما يصلح ثمنا
فإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل يعني بالاتفاق لما بينا أن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب ولو أقال
بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع
لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الإقالة عنده لأن الولد
مانع من الفسخ هذا إذا ولدت بعد القبض أما إذا ولدت قبله فالإقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره
في الذخيرة أن الجارية إذا ازدادت ثم تقايلا فإن كان قبل القبض صحت الإقالة سواء كانت الزيادة
متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والأرش والعقر لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ
منفصلة كانت أو متصلة وإن كانت الزيادة بعد القبض إن كانت منفصلة فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله
لأنه لا يصححها إلا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وإن كانت متصلة فهي صحيحة عنده لأنها لا تمنع الفسخ برضا
من له الحق في الزيادة وبطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا فأمكن تصحيحها فسخا والإقالة في المنقول

قوله لامتناع البيع [illegible]

قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عند
ابي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك
الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام
البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا اشترط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف
ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في
الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تبايعا
عبدا بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية ووجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك احدهما
بعد وجودها لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والاخر قائما
وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا اشكال في بقائه فانها لا تبقى اذا هلك
احد العوضين قبل القبض او كان احدهما هالكا وقت البيع فانها لا تصح لان كل واحد منهما في معنى
الاخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة وتجوز بعد هلاك احد العوضين
بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع من كل
وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا
مبطل للاقالة بخلاف الصرف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين
فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم يتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قائمين بل برد المقبوض
ورد مثله ان فات هلاكهما كقيامهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما قائمين فمتى هلكا لم يبق شيء من المعقود
عليه ترد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل كقوله تقول اقلني فيقول
اقلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي
مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الاخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا
يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع في
بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع ووعدنا تفصيلها
وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه
بانه غير مطرد ولا منعكس اما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع
صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الابق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز
بيعه الغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل على ابهام يجب عنه
خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لا سبيل الى الاول
لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخ اما
ان يراد المثل من حيث الجنس او المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط
انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم
من الدراهم او من غير الدراهم من الدنانير او على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء الا ان الكلام في
والثاني يقتضي ان لا يضم الى رأس المال اجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها الا انها ليست بثمن في
العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة او وصية فقومه ثم باعه

مرابحة

مرابحة على تلك القيمة جاز والمثلي في المبسوط فيبطل فعل هذا الاولى ان يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عليه والجواب
عن الاول انا لا نسلم صدق التعريف عليه لانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد
اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد وملك عقدا حكميا لا تعذر المالك عن رد القيمة واخذ المغصوب
والمراد بالمثل هو المثل من حيث المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى رأس المال فكان من
جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا اعمل مجازا عما قام عليه من غير جنايته فيدخل
فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة
للعادة قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على
المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب والبيعان جائزان لاستجماع شرائط
الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصغير كالشفعة
يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية
والنبي صلى الله عليه وسلم كما ذكر في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولهذا
اي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى التعيين اي بناؤهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واكد
بقوله والاحتراز عن الخيانة والاصابة لاقتضاء المقام ذلك وعلى هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما اذا كان
الثمن الاول من ذوات القيم لان القيمة العادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه
شبهة عدم المماثلة فشبهة الخيانة كالحقيقة في المجازفة في الاموال الربوية لذلك فكان كما حرم حرم شبهه
لان الحرمة مما يحتاط فيه قال ولا يصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل
لا يصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا انهما ان بنيا على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في
القيميات ان امكن فقد لا يمكن عن شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع بدله من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه
حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الغرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة
الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه
مرابحة بربح معلوم من دراهم او شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا
اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم بان كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين
ولو كان مما يكال ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال
فصار البائع بايعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف
الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخ اما ان يطلق الربح
او ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني
كقوله بعتك بربح العشرة او بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف
الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس
المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد في ذلك فان الصبغ
واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول
اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد عرف به القدر المسمى واذا باع بالرقم
يقول رقمه كذا فانا ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين
ولا في القيمة وبخلاف اجرة التعليم فاذا انفق على عبده في تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان
الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما انفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب
والرائض والبيطار وجعل الابق والحجام والختان فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البائع

او نكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة
في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وقال محمد رحمه الله
يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار
لها يتعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة
وفواته يوجب التخيير ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية لا التسمية ولهذا
لو قال وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح
العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا
بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة
من راس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من راس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على
ربح خمسة ثم ظهر ان الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم
فاخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه تمليك بالثمن
الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة
لو لم يحط يبقى مرابحة كما كانت من غير تغيير التصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا
فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة ثم قال يحط كان له الحط
ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط
والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن
بل ينقص منه بقدر العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت
فيسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روي عن محمد في غير رواية
الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري قال ومن اشترى
ثوبا فباعه بربح ه الكلام في وضع هذه المسألة وصورتها ظاهر وانما الكلام في دليلها قالا العقد الثاني عقد
متجدد منقطع الاحكام عن الاول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان اشترى
من مشتريه وقال ابو حنيفة رحمه الله شبهة حصول الربح الحاصل بالعقد الاول ثابتة بالعقد الثاني
لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرف السقوط
وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا
نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كانه اشترى بالعقد
الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا
عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في بيع المرابحة ولهذا لو كان لرجل على اخر عشرة دراهم فصالحه
منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط
حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشرى بعشرة
فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير المشتري الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة
الربوا وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب بان التأكيد له شبهة الايجاب في حق العباد ه
احترازا عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر
التأكيد في المرابحة واما جواز البيع وعدمه في شبهة الربوا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة
الايجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين رحمه الله بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد

يعني ان الاصل في الثمن التسمية [illegible]

حصل بغيره

حصل بغيره ولم يستفد ربح المشتري الاول بالشرا الثاني فانعدم الشبهة قال واذا اشترى العبد
المأذون ه اذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة والحال انه مديون بدين محيط
برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه
وباعه من العبد لان في هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع
المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقبل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له ان يقضي الدين
ويستخلص كسب عبده فصار كالبايع من نفسه فاعتبر عدما في حق المرابحة لوجوب الاحتراز فيها
عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه على الثمن المذكور
في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح
لانه لا يبيع للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لانه ملك الرقبة وملك التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في
الاصل وكذا في الاسرار والصدر الشهيد وقاضيخان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق تقييده
لما ذكرنا قال وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف ه اذا كان مع المضارب عشرة دراهم
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف
لان مبنى هذا البيع على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة لان
هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر ففيه
شبهة العدم ووجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال غيره لا بمال
نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية
التصرف لانه بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه
فما يشتري من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفائدة
ينعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة الا يرى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة
واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن واما ان فيه شبهة العدم
فلما ذكرنا في تعليل زفر وقد استوضحه المصنف بقوله الا يرى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال
في البيع الاول من وجه وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله
فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح
لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في اصل الثمن
وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك قال ومن اشترى جارية
فاعورت ه اذا اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بافة سماوية او بفعل الجارية نفسها
او وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطي جاز له ان يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباس
ما يقابله الثمن لما تقدم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قوله ولهذا لو فوتت بفعله لانه لم يحتبس
عنده شيء يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك
منافع البضع اذا لم ينقصها الوطي لا يقابلها الثمن وعورض بان منافع البضع بمنزلة الجزء
بدليل ان المشتري اذا وطئها ثم وجد عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا وما ذلك الا
باعتبار ان المستوفى من الوطي بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب

بان عدم جواز الرد باعتبار انه لو ردها فاما ان يردها مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول
لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فكذا الفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها
تعود الى قديم ملك البايع فيسلم الوطي للمشتري مجانا والوطي يستلزم العقر عند سقوط العقر
لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف انه لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعورار
من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بنا على مذهبه ان للاوصاف حصة من
الثمن من غير فصل بين ما اذا كان التعيب بافة سماوية او بصنع العباد واما اذا فقاها عينها راجع
الى اول المسئلة ومن بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يعني
اذا فقا المشتري عينها بنفسه او فقاها اجنبي سوا كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع
مرابحة لانه صار مقصودا بالاتلاف اما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه واما اذا
كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابس بدل جزء من المعقود
عليه فيمتنع المرابحة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على اخذ الارش وهو المذكور في لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير وقال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقاها الاجنبي وجب
عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه قال والدليل على
هذا الاطلاق ما ذكر في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك وكذا لو
وطيها وهي بكر لا يبيعها مرابحة الا بالبيان لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلا بد
من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او احراق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو
ونص ابو السير على انه بالفا وحرق نار جاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان الاوصاف تابعة
لا يقابلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان لانه صار مقصودا بالاتلاف
وقوله والمعنى ما بيناه اشارة الى هذين الدليلين قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة
ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري
فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب
ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل
هذه الخيانة ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير
السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مثله اعور ان العين واجيب
بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها انها في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول ان اجلتني
فلو كذا فثمنه يكون كذا تزيادة او نقد ان مثلت زيادة في الثمن لاجل الاجل بالشروط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء
ويشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان اهلك المبيع او استهلكه ثم
علم لزمه بالف وحالة لان الاجل لا يقابله شي من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار
شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يسقط شي من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان
ما فرضناه شبهة المقابلة حقيقة وذلك خلف باطل قال ولو كان ولاه اياه يعني ان التولية
كالمرابحة فيما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان
التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان
ولو كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف حالة لما ذكرنا ان الاجل لا يقابله شي من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف

انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق
وسياتيك من بعد في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الليث روي عن محمد
انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصله في التحالف
مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل وهو قول ابي جعفر البلخي يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع
بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم معتاد كما لو بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون
الثمن بعد شهر اما جملة او منجما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال
قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه اوقال وليتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه
من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع
في المجلس صح البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا
يحتمل الصحيح فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة ومما يكون خبر
القبول للارتفاق المجلس ولعدم الافتراق لم يتقرر والفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ويطرء البيع بالرقم مع صحته
بالبيان في المجلس ولقوى ويضمن لو بعد مه فيه واما خيار المشتري فللخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار
الثمن كما لا يتحقق قبل الروية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الروية فالحق به فصل وجه ايراد الفصل
ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقيدها
بقيد زايد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول وهو المراد بقوله
ويحول فليس به لئلا يتوهم انه احتراز عن المدبر لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
ما لم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه
فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال واحسب كل شي مثل الطعام وذلك
دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا من الصحابة بحديث الطحاوي في شرح الاثار رسنده
الى ابن عمر رضي الله عنهما انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني به ربحا حسنا
فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث
ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها
التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند
محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على
قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه
يلزم بنفسه والجواب ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة
دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه يملك العين ما ملكه في حال قيام الغرر فكان المنع اولى فقوله
ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول
على تقدير هلاك المبيع في يد البايع والغرر غير جائز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك
علمه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس
بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جواز
قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى واحل الله البيع
وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرر بالاستحقاق

خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه عاقلا بالغا غير محجور عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يصح لانه اذا اجاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وح لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه لو رد عليه بقضاء عاد له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فيحمل على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه سلمنا انه بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا فردياو واعلم اني اذكر لك ما سنح في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا بعموم قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وقد روي انه نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ او لا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه بين ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق ح والاعمال متعين لا محالة وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض هذا والله اعلم بالصواب قوله والاجارة جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد واراد التصرف فذلك على اقسام اربعة اشترى مكايلة وباع مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول لذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه

لانه يشتمل على الغرر وليس المنع لاصله حيث لم يعلل به فيصح ان يقال انه نهى عنه عن الغرر وفيه

وهو يترك التصرف وهذا لعله موجود في الموزون فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى كيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال المص لان الزيادة له واعترض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة واجاب بان من الجائز انه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو احد عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمحل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو زائد على ما ظنه والزائد للمشتري ويجوز ان يحمل من باب الفرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة لو كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كما في قوله تعالى لئن يدعو من دونه الها لقد قلنا اذا شططا وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البائع بحضرته لا يسمع او دعاوى ولو سمعوا اما اشتباه الكم لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا واما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه دعوى مجردة واجيب بان النص عن مثله وذلك بان يقال قوله تعالى واحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وقد ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم قوله اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة او ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سيأتي وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد به النص ليلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتي في باب السلم ان من اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المص ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسألة اولا فيما اذا كان العقد بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في اول المسألة ان الصحيح انه يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسألة فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل لما انه لا اكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقد ان بشرط الكيل فلا اكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان هذه الصورة اجتماع الصفقتين عن منظور اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فما اجتمعت الصفقتان

لا يجوز ... كما في البيان

كما في اول المسئلة وما سيأتي في باب السلم واما فيما نحن فيه فلا هذا واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله
ولانه عمل لم يزد على المشروط وذلك للبائع يقتضي ان يكتفي بالكيل الواحد في اول المسئلة ايضا كما ذكرنا
ولو قيل — ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة او قياس واستحسان لكان
مدفعا جاريا على القوانين لكني لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عن ابي يوسف
ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة لانه ليس بمال الربوا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين وكان كالمذروع
وحكمه قد مر وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا يحل الزيادة الا ترى ان من اشترى
جوزا على انها الف فوجدها اكثر لم يسلم له الزيادة ولو وجدها اقل يتخير وحصة النقصان من البائع
كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون قال — والتصرف في الثمن
قبل القبض جائز التصرف في الثمن قبل القبض جائز سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل
والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا لحديث ابن عمر رضي الله عنهما
كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله صلى
الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم
تعينها بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع قال — ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن اذا اشترى
عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلا او باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق
يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع
من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق
الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع رجع المشتري على البائع بهما واذا
جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق
بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة ابتداء لا تتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا
التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد بالمسمى ثمنا فالزيادة في الثمن يكون في مقابلة
ملك نفسه وهو المبيع وكذلك لا يجوز من الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا
مبتدأ ولنا ان البائع والمشتري بالحط والزيادة غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف
مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة في الثمن يجعل الخاسر عدلا والعدل
رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل
العقد بالاقالة فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء اهون
من التصرف في اصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لهما خيار الشرط فاسقط او شرطاه بعد
العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له
ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة يقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض
صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض اجاب — المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه
تبديل لاصله لا تغيير لوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن
وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان ينعقد بيعا باطلا لعدم
الثمن وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك او يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة
فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض
باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن ماله ويظهر حكم الالتحاق في التولية

انه لا يحتاج الى اعادة الذرع اذا باع مذارعة من خطه

والمرابحة

والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال
لآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد
كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع
بما بقي في الحط قوله وانما كان للشفيع جواب سؤال مقدر تقريره لو كانت الزيادة ملتحقة باصل العقد
لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب — انما كان للشفيع ان يأخذ بدون
الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما
وهذا كله اذا كان المبيع قائما واما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على
حاله يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة
لعدم ما يقابله فلا يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط
لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وروى الحسن بن زياد عن
ابي حنيفة انه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ويجعل الزيادة
تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد
بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك او لبقائه بطريق التجدد ولم يمكن لا لبقاء العقد في حقه فيكون
قائما فيما وراء ذلك فقيمته قائمة فيبقى والزيادة في المبيع جائزة لانه يصير في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة
من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض يسقط بحصتها شيء من الثمن قال — ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا
معلوما صار مؤجلا اذا باع شيئا بثمن حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار مؤجلا
وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتأجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فله ان يتصرف
فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ولان التأجيل اثبات براءة موقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء
عن الثمن فلأن يملك البراءة الموقتة اولى وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون الجهالة فيه فاحشة او يسيرة فان كان الاول
كما اذا اجله الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم
يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اوائل البيع الفاسد
قال — وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا كل دين حال يؤجله صاحبه يصير مؤجلا لما ذكرنا انه حقه
الا القرض فان تأجيله لا يصح وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ
الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد
العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اي لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء
لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا ولهذا اقتضى فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع
الامة على جوازه فاثبتناه على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم وتوقفنا فيما اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا
الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة وانما جاز ذلك
من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى من كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها
الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض
حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا للموصي باب — الربوا لما فرغ من ذكر
ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع بيوع نهى الشارع عن
مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا فان النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب
البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد الا تصنف شيئا في الزهد قال
قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال.

والربوا في اللغة هو الزيادة من ربوا المال اي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشيا الربويه وفتح
الراء خطا ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال الربوا في كل مكيل او موزون
ه اي حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال او يوزن اذا بيع بمكيل او موزون من جنسه
فالعلة اي لوجوب المماثلة هو الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال المصنف ويقال القدر مع الجنس وهو
اشمل لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الاخر والاصل فيه الحديث المشهور الذي تلقته العلماء
بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشيا الستة الحنطة والشعير
والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومدلوله على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري
ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم ويروى بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة
حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر والمراد بالمماثلة المماثلة
من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن
لان ما ينطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم المعنى مع صدق الاسم عليه وخرج
منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها سوا كذا قال رسول الله
يفسر بعضه بعضا فان قيل يعني بيعوا يوجب البيع وهو مباح واجيب بان الوجوب مصروف الى الصفة
لقولك مت وانت شهيد وليس الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء اذا مات كذلك المراد الامر
بكون البيع على صفة المماثلة وقوله يدا بيد المراد به عندنا عينا بعين وعند الشافعي قبض بقبض وقوله والفضل ربوا
الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات احدهما على الاخر حرام والحكم معلول باجماع القايسين
احترز عن قول داود من المتاخرين وعثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشيا الستة والنص عنده
معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان
والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده وعند مالك العلة لوجود احد وصفي العلة وسياتي
والمساواة مخلص يتخلص بها عن الحرمة لانه اي الشافعي نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال
يدا بيد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط وهذا في رواية النصب وفي رواية الرفع
يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت وكل ذلك اي كل من الشرطين يشعر
بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح فاذا كان عن شرط خطيرا يعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم
في المطعومات لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية
في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحاصل ان العلة انما يعرف بالتاثير وللطعم والثمنية
اثر كما ذكرنا وليس للجنسية اثر لكن العلة لا تعمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط
وجودا عنده لا وجوبا به ولنا ان الحديث اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال
بمعنى متماثلا والاحوال شروط ووجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلاثة لتحقق معنى البيع
فانه ينبئ عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما انقص من الاخر لم يحصل
التقابل من كل وجه او صيانة لاموال الناس عن التوى لان احد البدلين اذا كان انقص من الاخر كان
التبادل مضيعا للفضل منه الفضل او تتميما للفايدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني ان النقدين
لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضا بعد مماثلة كل منهما للاخر لتتميم فايدة العقد وهو ثبوت
الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرا لا بيان المماثلة
من حيث القبض والاولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين مماثلا للاخر لم يتم الفايدة بالقبض لانه
اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين وضررا في حق الاخر واذا كان مثلا للاخر يكون نفعا
في حقهما فيكون الفايدة اتم بعد القبض لكونه نفعا في حقهما جميعا ولقايل ان يقول بعد الاوجه الثلاثة
المذكورة لاشتراط التماثل ما يجب تحققه في سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس
عن التوى وتتميم الفايدة فما يجب في التماثل في الجميع لئلا يتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في الربوا

هو

هو النص والوجوه المذكورة حكمته لا علته لئلا يتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة
الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقايل ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوت شرط الحل ان لو لم
يوجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان
المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فصدق انه الحل بين الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه
اتم فليطلب ثمة قوله والمماثلة بين الشيئين بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين
باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كيلا من
بر يساوي كيلا من بر من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى ولذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة
لا معنى ولقايل ان يقول قد سلف ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك
تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية
من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه
كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشيا الستة شرطا فاثبتناه في غيرها تعدية فكان جايزا واذا ثبت وجوب
المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس تظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المتحقق لاحد
المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد قوله ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب
سوال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا
يعد تفاوتا عرفا فاذا استوت الذاتان صورة ومعنى تساوتا في المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة
في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب اليسر وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما انعقد فضلا في القيمة
في العرف او لان في اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا يكون مثلا للحنطة من كل وجه فالمراد البياعات
في الربويات لا مطلق البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات او لقوله
صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سوا وقوله والطعم والثمنية جواب عن جعل الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره
ان ذلك للفساد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق
لشدة الحاجة دون التضييق الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر في
حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل
في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد ولا يكون المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت
ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين يقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن
جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في الحديث
وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا بفوات الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالرديء الا متماثلا قال
ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اي ومما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لعدم
الجواز تحقق الفضل وتحقق الفضل يكون بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فينتفي المماثلة
فلم يتحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله ولهذا اي ولان الحفنة والحفنتين لم يدخلا تحت المعيار الشرعي وجب
القيمة عند الاتلاف لا المثل فلو غصب مكيلا او موزونا لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات
الامثال دون القيم وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لان علة الحرمة هو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم
توجد وعلى هذا الخلاف بيع حفنة بحفنتين وتفاحة بتفاحتين لوجود الطعم وعدم المسوي وما دون نصف صاع فهو
في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه
لا تقدير في الشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط
ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر
والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال فاذا عدم الوصفان ه اذا ثبت ان علة الحرمة شيئان فان لم يوجدا

او بعدما او بوجد احدهما دون الاخر فالاول كالعدم والثاني يظهر عند حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة
وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت بوجود العلة التي هي القدر والجنس
يظهر عند عدمها لان العدم لا يثبت شيا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا مثل ان يسلم
هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النسا باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا
يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسا لان بالنقدية وعدمها لا يثبت
الا شبهة الفضل لا التحقق وحقيقة الفضل غير مانع في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين
والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النسا زيادة فائدة
فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال
انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النسا انما لم يوجد عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر فقد
يوجد فانه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير ولكن كان علة ذلك عنده غير القدر
وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المص رحمه الله من انه مال الربوا
من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربوا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة
تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة او مقارنة
لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه ربوا النسيئة مال الربوا من وجه
نظرا الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير او الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقدا والاخر
نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة
يثبت بها شبهة الحكم والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا في محل صالح بعلة صالحة لها
وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل ان كونه من مال الربوا من وجه
شبهة وكون النقدية اوجب فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل
عنها والثاني ان كون شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم
لكنها كانت جارية ههنا فيه فيجب ان يكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى
في المحل والثانية في الحكم وثمة شبهة اخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل يثبت شبهة الحكم لا شبهة
الشبهة وعن الثاني ان القيمة غير جارية بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة
من محلها اذا وجدت العلة بها الا ان فيه بحثا بان المص رحمه الله لم يستدل للجانبين بالاحاديث
التي تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان
النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل للشافعي رحمه الله وبما روى
ابو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فان الجواب لجهالة
التاريخ وبطرق احتمال التاويلات منعاه عن ذلك فان حصل اجماع الصحابة على حرمة النسا كان الاستدلال به
اولى من المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم لا يسلم الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا على النسا في حال
العلة لا في شبهها قوله الا انه اذا اسلم استثمار قوله فاذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم
النسا فان قيل ينتقض بعدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاسلم
الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه
اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات وهي معربة سنك ترازو ونقل عن الفراء ان السين
افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين واما الثاني فلان الزعفران يتعين بالتعيين والنقود لا يتعين ثم

لا يتعين

لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد
المشار اليه على انه عشرة دنانير مثلا وقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط
انه منوان مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في الوزن
صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فينزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا
اتفقا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة ولا يقال لم لا يجوز ان يكون ذلك في كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان اطلاق الوزن عليهما
ح بالاشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة
المص رحمه الله تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الايمة بان يقول اتفاقهما
في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على ان معناه صفة كما قال في اول التعليل في صفة
الوزن فذاك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الايمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص
في السلم والاصل في راس المال هو النقود فلو لم يجز لوجود احد الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات
غالبا هو الاصل والغالب فاثر شرع الرخصة في التجويز وهذا ظاهر من الرق قال شمس الايمة ولكن هذا كلام من
تجوز تخصيص العلة ولسنا نقول به قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم اي كل ما نص
رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو مكيل ابدا وان ترك الناس
فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدا لان النص اقوى من العرف لكونه حجة
على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم
ينص عليه فهو محمول على العرف لانها اي عادات الناس دلالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه السلام
ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف رحمه الله اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا
لان النص على ذلك اي على التحريم بالكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه
هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان ينتقل الحكم على وفاق ذلك فعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا
وزنا او ذهبا بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوه
لتوهم الفضل على ما هو المعتاد فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي
لوجود الاسلام معلوما فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم
وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه ذكر في المجرد عن اصحابنا انه لا يجوز فكان في المسئلة
روايتان قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف من والاواقي جمع
اوقية كالاثفية والاثافي وهي وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه اربعون درهما والظاهر انها تختلف بالزمان
والمكان وذلك كما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن او تعديلها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب
ما يباع بالاواقي وزنا بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني ان سائر المكاييل لم يقدر بالوزن
فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل
في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه
جاز قال في المبسوط وكل شيء يقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها لان الرطل
انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في
وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاعتدوا الرطل لذلك تيسيرا عليهم فان كيل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به
والاسلام فيه بذكر الوزن [illegible] وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان هو عقد الصرف ما وقع على جنس

الرطل بالكسر والفتح

صح

الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس قوله يعتبر خبر ثان لقوله عقد الصرف ومعنى
يعتبر يجب لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب
وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره
بقوله يدا بيد حترازا الى انه لو معنى التعيين كما سيجي وما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه
التعيين دون التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام اي من كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة بكر
حنطة او بغير جنسه ككر حنطة بشعير او تمر فانه اذا افترقا عن غير قبض فسد العقد عنده واستدل
على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها
الة له وهي كناية وبانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا كما في الحال
والموجل ولنا انه مما سواه اي الاثمان مبيع متعين لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض
كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا اي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفايدة المطلوبة
بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك
لما وجب القبض في الصرف اجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه ليتعين به فان النقود لا تتعين
في العقود قوله ومعنى قوله عليه السلام جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين
لم يبق دليلا له على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه
الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع المركب
اما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على الاخر
وقوله يدا بيد يحتمل ان يكون المراد به القبض لانه اليد كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة
باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال ان يكون العمل بعموم المشترك او الجمع بين
الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف ومعنى العين في بيع الطعام لانا نقول جعلناه
في الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو من معنى العين في المحل كلاهما لكن التعيين
في كل شي بحسبه ونوقض بانه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في اناء ذهب بيع باناء مثله لئلا يلزم
تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط واجيب بانه وان تعين لكنه
لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا كالحقيقة واشترط القبض دفعا
لها واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقتكم في ان الاثمان لا تتعين واما الشافعي فليس يقابله
فلا يكون ملزما والجواب انه ذكر بطريق المبادي تقيهما لثبوته بالدلايل لم يلزمه على ما عرف في
موضعه وقوله ويتعاقب القبض جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه ان المانع
تعاقب بعد تقا وما في المالية عرفا كما في النقد والموجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون
في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا معينا قال ويجوز بيع البيضة
بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جاز لان كانا موجودين لانعدام المعيار ولو
كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النسا فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت
امثالا في ضمان المستهلكات فلم يجوز بيع الواحد بالاثنين اجيب بان التماثل في ذلك انما هو
باصطلاح الناس على اهدار التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان واما الربوا فهو حق الشرع
فلا

فلا يعمل فيه اصطلاحهم فيعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوته صغرا وكبرا وخالفنا الشافعي فيه لوجود
الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما بيع الفلس بجنسه متفاضلا على اوجه
بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين
باعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع اما الاول فلان الفلوس
الرايجة امثال متساويه قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلا
خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا واما الثاني فلانه لو جاز لامسك البايع الفلس المعين
وطلب اخر وهو فضل خال عن العوض واما الثالث فلانه لو جاز لقبض البايع الفلسين ورد اليه احدهما
مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الاخر له بلا عوض واما الوجه الرابع فيجوزه ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل
باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت اثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كانا
بغير اعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الفلوس الرايجة ما دامت رايجة لا تتعين
بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل
العقد كالذهب والفضة ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما عليهما وما ثبت
باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها اذا كسدت بالاتفاق الكل لا تكون
ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تكون عروضا ايضا باصطلاحهما اذا كان لكل منهما على غيرهما سواهما
واحد واجيب بان الاصل في الفلوس ان تكون عروضا ايضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف
الاصل فلا يجوز ان تكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونها عروضا
كان ذلك على وفاق الاصل فكان جايزا وان كان من سواهما مجتمعين على الثمنية وفيه نظر لانه ينافي قوله
ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل
الكساد تثبت باصطلاحهما ولكن يشترط ان يكون من سواهما متفقين على الثمنية واذا بطلت الثمنية
فلعودها عروضا تتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت عروضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين
بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام
على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين اعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعا الى الوزن
ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفايها فبقي معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العدد
بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعي الخصم ولو ضم الى ذلك
والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا او في غير الربويات والاول ممنوع
والثاني لا يفيد قوله فصار كالجوز بالجوزتين بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله بخلاف النقود
جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا يبطل باصطلاحهما وقوله بخلاف
جواب عما قال كما اذا كانا بغير اعيانهما فان ذلك لم يجز لكونه كالئا بكالئ اي نسيئة بنسيئة وهو منهي
عنه وقوله وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه جواب عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز فيه
باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النسا قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق
والسويق لا يجوز متفاضلا ولا متساويا لشبهة الربوا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما اي
الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يوثر الا في تفريق الاجزاء والجمع لا يصير بالتفريق شيا اخر

زايلة من وجه لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير
وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فإن ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى
من الدقيق فإنها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربوا الفضل
بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن ويصير وربه فقد زالت المجانسة من وجه دون وجه
فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فإن قيل لا يخلو إما أن يكون الدقيق حنطة أو لا والثاني
موجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والأول موجب الجواز إذا كان متساويا كذلك أجاب
بأن المساواة إنما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازها فيه وتخلخل حبات الحنطة
فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل فصل حرمة الربوا حرمة تتناهى بالمساواة
في الأصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع ثبتت حرمة لا تتناهى فصار مثل ظهار الذمي على ما عرف
وأجيب بأن حرمة الربوا تتناهى بالمساواة في الحقيقة أو في الشبهة والثاني ممنوع فإن حرمة الربوا
لا تتناهى بالمساواة والأول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز أن يقال الحرمة تتناهى بالمساواة
فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط
وهو وجود المسوي ومتساويا وكيلا قيل حالان متداخلان لأن العامل في الأول بيع وفي الثاني
متساويا ويجوز أن يكونا مترادفين ومتداخلين وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا حكي عن الشيخ
الإمام أبي بكر محمد الفضل رحمه الله أن بيع الدقيق بالدقيق إنما يجوز متساويا كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين
ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة رحمه الله متساويا ولا متفاضلا لأن الدقيق أجزاء
حنطة غير مقلية والسويق أجزاؤها مقلية فكما لا يجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه
فكذا لا يجوز بيع أجزاء البعض بأجزاء البعض لغو وعندهما يجوز لأنهما جنسان لاختلاف المقصود إذ هو
بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به أن يلت بالسمن
أو العسل أو يشرب بالماء ولذلك الاسم وإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن
يكون يدا بيد والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير
المقلية والعلكة بالمسوسة الذي أكلها السوس المقلية أي المشوية من قلى يقلي إذا شوى ويجوز مقلو
من قلى يقلو والعلكة أي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها يتمدد من غير انقطاع والسوسة العثة
وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو والمشددة قوله

ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما إذا باعه من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر
بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما نبين ومنها ما إذا
باعه بحيوان من جنسه كما إذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق
إن كانا متساويين في الوزن وإلا فلا ومنها ما إذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط
وهو لا يجوز إلا أن يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق ومنها ما إذا باعه بجنسه حيا وهو
مسألة الكتاب وهو جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله غير جائز عند محمد إلا إذا كان اللحم
المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك لتحقق
الربوا إما من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية م

باعتبار ما في الضمن فصار كالخل أي الشيرج بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون لأن
اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لأنه يخفف
نفسه مرة ويثقل أخرى بضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت بخلاف
مسألة الخل بالسمسم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير وهو ثقله
وهذا في الحقيقة جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته
بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الخل والسمسم عند التمييز
بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لأن الخل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير
ويوزن فيعرف قدر الخل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى إذا ذبح ووزن السقط
وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والأمعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به
بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا فإن اللحم غير حساس
والحيوان حساس متحرك بالإرادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد فإن قيل
إذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك أجيب بأن
النسيئة إن كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وإن كان في البدل الآخر فهو سلم في اللحم
وكلاهما لا يجوز قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز
بالإجماع ومثلا بمثل جوزه أبو حنيفة رحمه الله خاصة وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث
سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال أينقص إذا جف فقيل نعم قال إذا
أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه إشارة إلى اشتراط المماثلة في أعدل الأحوال
وهو ما بعد الجفوف وبالحيلة الحال لا يعلم ذلك وقوله قال عليه السلام هو الدليل ولأبي حنيفة
المنقول والمعقول أما الأول فلأنه صلى الله عليه وسلم سمى الرطب تمرا حين أهدي له رطبا فقال
أو كل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور وأما المعقول فما روي أن
أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسألة وكانوا شديدا عليه لمخالفته الخبر
فاحتج بأن الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرا أو لا فإن كان تمرا جاز العقد بأول الحديث
يعني قوله التمر بالتمر وإن لم يكن جاز بقوله إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم وورد
عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة واستحسن
أهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور
واعترض بأن الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لأن المقلية إما أن يكون
حنطة فيجوز بأول الحديث أو لا يكون فيجوز بآخره ثم منهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة
لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من إطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت أن التمر
اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها إلى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه
كالبرني وغيره ويجوز أن يقال إنه حنطة قوله فيجوز بأول الحديث قلنا إنما جاز لو ثبتت
المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل إن القلي صنعة تعزم عليها الأعراض فصار كمن باع قفيزا
بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع إلى التفاوت وهو ساقط كالجودة لأن التفاوت المرجع

ويوزن الثجير صح

الى صنع الله تعالى ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة
فكل تفاوت بني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي
فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردي والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور
ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة رحمه الله وقيل لا يجوز بالاتفاق
اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان
النص لما ورد باطلاق التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب
على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا
اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه ربوي يتفاوت في اعدل الاحوال اعني عند
الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا ان بيع التمر بالتمر متساويا وما فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة
بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابسة او التمر المنقع بالمنقع
او الزبيب المنقع بالمنقع من انقع اذا القي في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف
ومعترض عنه حديث سعد والوصفة يعتبرها في الحال عملا باطلاق المشهور وكذلك ابو يوسف الا انه ترك هذا
الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد رحمه الله الى الفرق بين هذه الفصول
يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى اخرها وبيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في اعدل الاحوال
وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكر في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين او احدهما
على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد
عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل ان يقول
هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة لان المعقود عليه
فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهو لا يتبدل قال ولو باع البسر ش بيع البسر بالتمر
متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمر النخل من اول ما ينعقد صورته ويبلغه به متساويا من حيث
الكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الرا وهو ثمر النخل سمي به لانه يستر
ما في جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة قوله
والكفرى عددي متفاوت فهو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفرى لكنه لم يجز
وتقرير الجواب انه عددي متفاوت بالصغر والكبر ومتفاوت احاده في المالية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة
قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت ش الزيتون ما يخرج منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال
للعصير صار له تغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به ههنا ما يخرج من السمسم واعلم ان المجانسة
بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز
بيع قفيز حنطة على كل قفيز منه سوسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز
بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالاخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية ما يستخرج
من الزيتون اولا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمتحقق في هذا الباب والاول اما ان يكون المنفصل اكثر
اولا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير ان نقص المنفصل من المستخرج من الزيتون والثجير وحده
او ساواه على تقدير ان يكون الثجير ذا قيمة واما اذا لم يكن كما في الزبد بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل ما

في الزبد من السمن فانه يجوز هو المروي عن ابي حنيفة والاول جائز لوجود المفيض واستفاء الباقي والشيرج ش
بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقائل ان يقول
السمسم مثلا يشتمل على الشيرج والثجير فاما ان يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب
جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج وزني والسمسم كيلي او من حيث الافراد فيجوز بيع
السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير
بثلاثة اكرار حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الدهن او الثجير منظورا اليه فقط والثاني منتف عادة
والاول يوجب ان لا يعتد الثجير بشيء من الدهن وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه هو المجموع
من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا قوله صرفا لكل واحد من الدهن والثجير
الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كما في مسألة الاكرار لظهور كمال المجانسة والدهن
والثجير ليسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل
فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان اصلهما واحد فكلاهما موزون وان خرج من الوزن او خرج
خرج احدهما من الوزن لا باس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضي خان وبيع الغزل بالثوب والكرباس
بالقطن جائز كيف ما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روي عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه
انه لا يجوز مطلقا قال ويجوز بيع اللحمان ش كل ما يكمل به نصاب الاخر من الحيوان في الزكوة لا يوصف
باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي والعراب والمعز والضان فلا يجوز بيع لحم احدهما بالاخر
متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الاخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم والابل فيجوز
بيع لحم احدهما بالاخر متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعي رحمه الله ان المقصود من اللحم شيء واحد
وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل
يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام
كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فان
بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني
ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي ومن مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا قوله اذا لم يتبدل بالصنعة
قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل الاجزاء بالصنعة فاذا
تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروي والمروي وفيه نظر لان كلامه
في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكانه يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل
بالصنعة واما اذا انبدلت فلا يوجبه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس
مع اتحاد الاصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف
الاصل كالدراهم المغشوشة المختلف الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة في
الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال وكذا خل الدقل بخل العنب ش الدقل هو اردى التمر وبيع خله
بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا حكم ساير التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام
على مجرى العادة وانما جاز التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيراهما اعني الدقل والعنب جنسين
بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا وهذا
يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود

المسوح جمع مسح بكسر الميم وهو البلاس

فاختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف
يتخذ منه اللبود واللفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا
لان المقصود منهما واحد فكان الجنس متحدا لانا لا نسلم ذلك فان لبن البقر قد يفرح من لا يقر لبن الغنم فلا يتحد
القصد اليهما والاولى ان يقال قلنا اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم نقل
اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول فان الاصل ان يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء
والفروع الا عند التبدل بالصنعة ولم يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف
المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين انه فانه راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط ما قيل
شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مر وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي ان يجعل
العامل بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود راجح قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم
ش بيع شحم البطن بالالية او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع
اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك
عند تصور هذه الاشياء واما اختلاف المعاني فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة
واما اختلاف المنافع فكما قاله الطب قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة ش بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما
ان يكون حال كونهما نقدين او حال كون احدهما نقدا والاخر نسيئة فان كان الاول جاز لانه صار عدديا
او موزونا بخروجه عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى
وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه اي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النفي لانه نكرة في سياق النفي فيعم
نفي جميع الجهات الخير وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون الحنطة والدقيق نسيئة او الخبز فان كان الاول جاز
لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند ابي يوسف رحمه الله
لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما نذكر قال المصنف والفتوى على قول ابي يوسف وهذا يغني عن قوله
وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول ابي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب
ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير
في استقراضه عند ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والوضع والغلظ والرقة
وبالخبار باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور من كونه جديدا فيجيء خبزه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم
والتاخر فانه من اول التنور لا يجيء مثل ما في اخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه
عددا او وزنا لانه ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده
قال ولا ربوا بين المولى وعبده ش لا ربوا بين المولى وعبده الماذون الذي لا دين عليه محيط برقبته
لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا فعدم تحقق الربوا بعد وجود البيع صورة
في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربوا دليل على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين يتحقق الربوا لان
ما في يده ليس ملكا لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار
كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب ش
لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله
لهما الاعتبار بالمستامن من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهما بدرهمين
لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم ارض الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق

بعقد

بعقد البيع ولابي حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في
دار الحرب ذكره مجلد الحسن ولان مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستامن
انما منع من اخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله
قوله بخلاف المستامن جواب عن قياسهما وتقريره ان المستامن منهم في دارنا اهل لاحد اخذه ماله لانه
صار محظورا بعقد الامان ولهذا الا على دينا وله بعد انقضاء المدة

الحقوق

فصل كان من حق مسايل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان المصنف التزم ترتيب
الجامع الصغير المرتب فيما هو من مسايله وهناك هكذا وقع فلذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها
بعد ذكر مسايل المتبوع قال ومن اشترى منزلا فوقه منزل ش ذكر ثلثة اسماء المنزل والبيت
والدار وفسرها لتبيين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى التصريح بما يدل على المرافق لدخولها
وعدمه فقال الدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه
يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى
منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتريه ويصرح بذكر احدى هذه العبارات الثلث بان يقول
بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا وفوقه بيت وذكر احدى العبارات
الثلث لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها ولم يذكر شيا من ذلك دخل فيه العلو والكنيف وهذا
لان الدار لما كان اسما لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزايه دخل
فيه والبيت لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا كان الشي تابعا لمثله وهو لا
يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد
بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ الموضوع لشي يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام
يتناول الافراد اذ فرض المسألة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير
اعرتك لم يتناول عارية المستعير اصلا لا تبعا ولا اصالة وانما ملكه الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيا جاز ان
يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذرا عن وقوع التغيير به والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق
بتصرف ما يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده سبب لما يوصله الى ذلك فكانت جائزة واما المنزل فلما كان
شبيها بكل منهما اخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت
لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك اي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى
خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل وقيل معناه ان البيت في عرفنا لا
يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف ولا يدخل
العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا يدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه
على الدار المبيعة والطرف الاخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير
لقاضي خان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الا اذا ذكر ما ذكرنا
وهو قوله بكل حق هو له عند ابي حنيفة لانه مبني على هوا الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار
يدخل من غير ذكر شي مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان
مفتحه في الدار يضعف تعريف قاضي خان للظلة لانه جعل المفتح في الدار قال ومن اشترى بيتا في دار او
منزلا او مسكنا ش ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر احدى العبارات

المذكورة ولذلك الشرب والمسيل لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذكر التوابع اي بقوله كل حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب في استيجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجر فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منه واما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووجد الضمير لكل واحد او باويل المذكور وقد يستاجرها ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة

باب الاستحقاق ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى

قال ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها وجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا اقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا به ويفرع عنها وهي مملوكة فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا تظهر ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر له كذا في النهاية لعلاء الدين ثم اذا قضي بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا ام لا بد من القضاء بالولد قصدا فيه اختلاف بدخل لتعيينه لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم له قصدا وهو الاصح لان المسائل تشهد لذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم يدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما ان يكون البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة واما ان يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدرى اين هو فان كان الاول فليس له على العبد شي وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع وان لم يقل اشترني او قال ذلك ولم يقل اني عبد ليس على العبد شي في قولهم وان قال ارتهني فاني عبد فرهنه فاذا هو حر لم يرجع المرتهن على العبد بحال اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا ابد غيبة كانت وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس شي منهما موجودا وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شراه على امره بقوله اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية فيجعل اقراره بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشي بامر المخبر واقراره مغرور من جهته والمغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع

في عقد

في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته اهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه قوله والبيع عقد معاوضة انما صرح به مع كونه معلوما من قوله لان المشتري شرع في الشرا تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سال غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فاخذه اللصوص سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيئا لما انه غره فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع به الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا وهو ليس بحال البدلين او باحدهما فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حريته العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعدما قال اشترني فاني عبد اما ان يدعي الحرية اولا والاول تناقض والثاني يلغي به شرط الحرية والجواب ان قول محمد رحمه الله فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان اراد الاول فله وجهان احدهما ما قاله عامة المشائخ ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون لان يعينوا الام ومن ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض والثاني ما قاله بعض المشائخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل ايضا عنده لكن لعذر في التناقض لخفاء حال العلوق وكلما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما يذكر وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج يتفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلث لان فيما دونه امكن ان تقيم الزوج بينة انه تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المراة ببينتها قبل يوم او يومين واما في الثلث فلا يمكن ذلك وكذلك المكاتب تقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المراة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامتهما البينة على ما ادعياه

قال ومن ادعى حقا في دار ومن ادعى حقا مجهولا في دار رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشي لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شي رجع بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار دلالة فتقسم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصلح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ يصح وتقبل البينة

فصل في بيع الفضولي مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق بقوله عند الدعوى هذا ملكي ومن باع ملكي فانما باع ملك غيره بغير اذنه فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح

الفقهاء ليس بوكيل وفتح الفاء خطا قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ه ومن باع ملك غيره بغير
اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في
الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا
وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك
وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم
الفقه فلا نزاع في ذلك واما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل
تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك
كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله ولهذا التصرف لما كان موقوفا لما نذكر افاد حكما موقوفا
كما ان السبب البات افاد حكما باتا وان السبب انما يلغو اذا خلى عن الحكم فاما اذا تاخر فلا كما في البيع
بشرط الخيار واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان محل البيع
هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا يعدم المالية والتقوم الا يرى انه اذا باعه باذن المالك
جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا واما وجوب القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا لمانع
والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير
بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤونة طلب المشتري وقرار الثمن واما الفضولي فلان فيه
صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظاهر فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان قيل
القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجد اجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل
ياذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس منحصرا في الضرر بل عدم الملك
مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم الا ترى ان
بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق ه
والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم
بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في اول كتاب الوكالة قال ثنا ابراهيم قال ثنا محمد
ابن ميمون الخياط قال ثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال اخبرنا الحي عن عروة البارقي ان النبي صلى الله
عليه وسلم اعطاه دينارا اشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي
صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلا مطلقا
بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول انه عليه السلام امره ان يشتري له
اضحية ولو كان لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعه اولا اجيب بان فيه
تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت
لاجله او قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف
وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت او قال المالك بعت منك هذا العين
لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه
ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك
بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف على رضا الغير
والى هذا الوجه اشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة وقوله وله اي للمالك الاجازة اعلم
ان

[illegible]

في محل واحد وجه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع المانع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلا منافي لبطر والملك الباتّ سطر الموقوف وليس ملك المالك طاريا حتى يتوجه السوال وقوله اما اذا

ادى الغاصب الضمان جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا ادى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق

المشترى منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف معالا ينفذ وقيل على طريقة الاستحسان

فالعتق اولى قال المصنف وهو الاصح وليس بسهل قبوله هنالك المشترى ملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك

لا تستند للغاصب كالعقد فكيف يستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند

الملك له للوقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان ملكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشترى

من وقت العقد قال ___ واذا قطعت يد العبده اذا قطعت يد العبد في يد المشترى من الغاصب

واخذ المشترى ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشترى لان الملك بالاجازة قد تم للمشترى من وقت

الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب

منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء

فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشترى من ولد وكسب

فان لم يسلم المالك البيع اخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقررا فيها والكسب والارش والولد لا تملك

الا بملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش ولن

ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامراة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز صح التفويض

دون التطليق ولو ثبتت المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك

في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وما يندفع ثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله

في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء ان يجعل معلقا بالشرط لا سببا من

وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا

من وقت وجوده متاخرا حكمه للوقت الاجازة فعندها يثبت الملك من وقت العقد والتفويض

ما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كانه وجد الان فلا يثبت حكمه

الامن وقت الاجازة وهذا اي كون الارش للمشترى حجة على محمد من عدم جواز الاعتاق في الملك

الموقوف لما انه لو لم يكن للمشترى شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث

لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر اي الجواب ___ له عن هذا الحجة ان الملك من وجه كاف

لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا

قطعت يد المشترى في يد المشترى والخيار للبائع ثم اجاز البيع فان الارش للمشترى لثبوت الملك من وجه

بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشترى فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا

كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقرن الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم به وقيل علاق

الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشترى من الغاصب

بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله

على ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا اقرب ويتصدق بما زاد على نصف

الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي

دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك

لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح

الحاصل به وفي الكافي لان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن

لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير

موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه

وبهذا كانت تورع الوجهان في الكتاب على الاعتبارين قال فان باعه المشتري من آخر

يعني اذا باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا

لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرا على ملك موقوف لغيره ابطله ولان فيه غرر الانفساخ

على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به فصار بهذا التعليل شبه بيع الغاصب من

مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب

والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما

تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لان العاقل

الغير محروم فيترجح لان الصحة في العقود اصل فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا ليس بلازم اعتبار المتروك

اجماعا ولهو انه لا يصح بيع اصلا لا سيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض

واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشتري الاول لم يملك حتى يطلب منه النفع

فتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

لانه لا يؤثر فيه الغرر الا يرى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل

القبض يصح قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب

فمات في يده ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز كالاعتاق لما ذكرنا لان الاجازة من شرطها قيام

المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع ايجاب البدل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا بقاء البدل

لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل البدل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح لان يكون مقابلا

بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن

ايجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل كان البدل

للمشتري قال ومن باع عبد غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري

ارد البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البائع ذلك فاقام المشتري البينة ان رب العبد او البائع

اقر انه لم يامر البائع ببيعه لا تقبل بينته لانها تبتنى على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة

والا فلا وهنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع ملك المبيع

ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض

المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة وان اقر البائع بذلك اي بانه باعه بغير امره بطل البيع

ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا يرى ان من انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره الا

ان الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان

ينتقض وذكر المصنف رحمه الله مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل

رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم اقام البينة على البائع انه

اقر بان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته ولا تناقض في دعواه قال وفرقوا اي المشايخ بين

روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسئلة اي في مسئلة الجامع الصغير في

[illegible]

لان الوزن [illegible] القياس فلا يكون
معارضا له [illegible] وكذا المعدودات المتقاربة [illegible] البيض لان العددي
المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم لان مناط الحكم موجود كما في المذروع فجاز السلم
فيه كما في المكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت
فانه قلما يباع جوز بفلس [illegible] وكذلك البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه متفاوت احاده
تفاوتا فاحشا [illegible] المعدودي المتقارب عن المتفاوت بتفاوت الاحاد في المالية
دون الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف [illegible] عن ابي حنيفة رحمه الله
ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه متفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها اي في المعدودات
المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز عددا ايضا لوجود
التفاوت في الاحاد ولنا ان المقدار يعرف بالعدد تارة وبالكيل اخرى فامكن الضبط بهما فيكون
جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا قوله وكذا في الفلوس

عددا

عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف واما عند محمد فلا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة
باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما واذا ابطلت الثمنية صارت مثمنا يتعين بالتعيين
فجاز السلم فيها وقد ذكرناه في باب الربوا في مسألة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس
قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو ان كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز
السلم فاقدامهما على السلم يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون
المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان
وفسد بيع الواحد بالاثنين قوله ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف
والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني
والنوع كالبختي والعرابي والصفة كالسمين والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب
وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل
وانه عليه السلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الحيوان من الاستقراض ولنا انه بعد ذكر الاوصاف
التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون فرسان يتساويان في الاوصاف
المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المنافية لوضع الاسباب بخلاف الثياب
لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشرا البعير ببعيرين كان قبل نزول اية
الربوا او كان في دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فبعل الالات كان
من دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل انه
قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك قوله وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواب
عما يقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمامات التي يؤكل ولحمها والسلم فيها لا يجوز عندكم
وتقريره ان عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير ولعل
ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف
والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يصلح محل النزاع لان محمد بن الحسن رحمه الله ذكر في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود
رضي الله عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود
اردد مالنا لا نسلم اموالنا في الحيوان وهو دليل على انه لم يكن النهي لكونه مطلقا لان القلائص كانت معلومة وانما كان لكونه حيوانا
لا يقال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذكره ذلك لم يكن من حيث
الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة قال ولا في اطرافه كالرؤوس
والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤوس والاكارع والكوارع ما دون الركبة من الدواب والاكارع جمعه
لانه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة
ولا يتوهم انه يجوز وزنا لتقييده عددا لان معناه انه عددي فيجب ان يجوز عددا المحز وزنا بطريق الاولى لانه لا
يوزن عادة وذكر في الذخيرة ولو بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانعدام المنازعة ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا
من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا مفهومه بعدها اي حزمة
ورزمة وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع
فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا او وجود المسلم فيه
من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك

وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل
او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث
كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعي
له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا
في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه شرط عليه السلام لصحته وجود المسلم فيه حال العقد
ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل
والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا
حجة عليهما واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا اكتفي بوجوده الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم
فلا مانع عن الجواز واجيب بان القدرة انما يكون بوجوده او ببقاء العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان
وقت وجوب التسليم عقيبه ومن ذلك شك ورد بان الحيوة ثابتة فيبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك
العقد ثابت فيبقى فان قيل نماء الكمال في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك
اجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كالنماء ووجوده شرط فوجود المسلم فيه لا بد منه قوله ولو انقطع بعد المحل
يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد
وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل
القبض في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو
باق بعينها كالعبد الآبق وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى الجواب عن قول زفر عن قياسه المتنازع
فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم ومن قوله بطل البيع فلذلك هٰهنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا
كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا قال
ويجوز السلم في السمك المالح السلم في السمك عددا لا يجوز طريا كان او مالحا للتفاوت وزنا اما ان يكون من المالح
او الطري فان كان من المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم
لعدم انقطاعه وان كان من الطري فان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور
التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم
في اللحم من الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بمتفاوت فيه فصار
كالصغار ويقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح والمعنى يقول
الراجز بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا لانه مولد لا يوجد في لغة قال الامام الزرنوجي لعل ذكره
للفقهاء قال ولا خير في السلم في اللحم خير نكرة وقعت في سياق النفي فتفيد نفي انواع الخير بعمومه
ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما
بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه
وزنا ويجري فيه ربوا الفضل ان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بعضهم لانه
لا يمكن وصف موضع منه وهذا السؤال لا يرد لان عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليله تأمل لانه ان لم يمكن
وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره
ومن المشائخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب
انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد

فيجوز

فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم
السمك واليه مال شيخ الاسلام ولهذا يقوى وجه القائل ولابي حنيفة طريقان احدهما ان اللحم يشتمل
على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس
بمقصود الا ترى انه يجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدسيس والنزع فكان
المقصود مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه في
منزوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس
من ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلأ وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا
يدرى انه عند المحل على اي صفة يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضي
عدم جوازه في منزوع العظم وهذا هو الاصح قوله والتضمين بالمثل جواب عن قوله ولهذا يضمن بالمثل
بالمبيع وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقرض جائز يعني
ان الاستقراض جائز فيعرف حال المقبوض ولا تفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف
ولا ترتفع به الجهالة فلا يلحق به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا السلم الحال لا يجوز عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله استدل باطلاق رخص في السلم لانه مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه السلام
الى اجل معلوم فيما ذكرنا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل
معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم
الى اجل معلوم وبه نقول ذلك الحصر ممنوع وحيث لم يبق مقيدا فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم
ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن
معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى اجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب ان قضيته العطف تقتضي مؤونة
التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة
ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا تصال العمل بالدليل فيتحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم
يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان
شروط السلم لا لبيان الاجل فلينبأ ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز
بيع ما ليس عند الناس وما شرع لذلك لا بد وان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن
مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه اما ان يكون قادرا على التسليم
في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخصة فيبقى على القياس وان كان الثاني فلا بد من الاجل
ليحصل فيسلم والا ادى الى النزاع المحوج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم
لما ذكرتم لما جاز ممن عنده اكرار حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا بادنى الثمن وهو دليل على العدم وحقيقته
امر باطن لا يطلع عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر
قال ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لا بد من كونه معلوما لما روينا والمعقول
وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بالقرب وذاك يؤديه في البعد ثم اختلف
في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل
تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام
وهو ما ذكره الطحاوي اي على ان التعداد من اشتراط الخيار على اصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح
لان الثلثة ثمة بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي

والاول اصح لكونه مما يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان قال ــــ ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه ه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متاخر فربما يضيع المكيال او الذراع فيفضي الى المنازعة ولعل من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك او باع بذلك الاناء المجهول القدر يدا بيد لا باس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد مر يعني في اول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد او خزف او خشب او نحوها اما اذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بالباء الواي لان فعليلا بفتح القاف ليس من ابنيتهم والجراب والغرائر والجوالق فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا ان ابا يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء ويقول فيشتري من سقا كذا ولذا قربة بهذه القربة من ماء النيل قال ــــ ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها ه وكذا لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس بعروض افة موهوم فلا يتحقق القدرة على التسليم الدليل قوله صلى الله عليه وسلم حين سأل عن السلم في ثمر فلان الا من ثمر حائط فلان فلا ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه ولا خفا في كونه منه عليه السلام بيانا لطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله مال اخيه اراد به راس المال اي لو لم يحصل الثمر فباي طريق يحل راس المال للمسلم ولو كان النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمراني بخاري والبساخي بفرغانة جاز العقد فان تعيين الخشمراني ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة حنطة الخشمراني وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي من جواز الثاني دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة بغير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت بارض هراة والنابتة من غيرها لا ينسب اليها ولئن كان لتلك الصفة فكان لتعيينها للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالاول قال ــــ ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرايط ه صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرايط عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون جنس معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم سقية او بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي تسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء وصفة معلومة جيد او ردية ومقدار معلوم عشرين كرا بمكيال معروف او عشرين رطلا واجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم الحديث ومن المعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار راس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال فهذان شرطان لصحته عند ابي حنيفة رحمه الله وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنه خلافا لهما فالاول في المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل او الموزون ثمن المبيع او الاجرة في الاجارة واشار اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتفي بالاشارة في راس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان

راس

[illegible]

من فسد اعتبار ذلك ... [illegible] ... لان لا يكون كذلك

ويفسد الوجه ... [illegible] ... والعبرة في

دون ... [illegible] ... لان

كلامهما مبني على ... [illegible] ... الثوب

والتوب ... [illegible] ... ولهذا لو وجده

زايدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا ... [illegible] ... كلامنا في

ذلك وانما هو فيما تعلق العقد على مقداره ... [illegible] ... الثمن والاجرة لان وليله

تعلم ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة ... [illegible] ... ومن فروع

الاختلاف في معرفة مقدار راس المال اذا اسلم ما به في كر حنطة وكر شعير ولم يبين راس

مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة

وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار راس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة

الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن احدهما

دون الاخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط

الجواز ... [illegible] ... وقالا

في المسئلة الثانية ان مكان العقد متعين للايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين

كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ... [illegible] ... ولا لعدم مزاحمة وجبه

وما هو كذلك يتعين ... [illegible] ... لعدم

ما يزاحمه ... [illegible] ... اذا

باع طعاما وهو في السواد فانه روي عن محمد رحمه الله ان المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له

وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار ... [illegible] ... مكان العقد لو تعين

لبطل العقد ... [illegible] ... ان من اشترى كر حنطة وشرط البائع الحمل الى منزله

يفسد ... [illegible] ... عن القبض لان مكان البيع

يتعين للتسليم ... [illegible] ... في مكان

العقد ... [illegible] ... بعد

الفطام ... [illegible] ... وانما فسد في بيع العين

لانه مما [illegible] لان المسلم [illegible] عن واجب
في [illegible] الاصح [illegible] الحيط فيه
للتسليم [illegible] بنفس الالتزام
للوجوب [illegible] ومحل علاف
التعرض [illegible]
او [illegible]
الاجل [illegible] لا
جهالة [illegible] في موضع
يكون [illegible] له العيب في اختلاف القيم اختلافها
فلا بد من البيان [illegible] الوصف قال من مثل
حتى المتاع [illegible] في المكان توجيا [illegible] الجودة والرداءة في احد
البدلين [illegible] اى لا توجب التحالف [illegible] والتوجيه لان
تعيين المكان [illegible] الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس
العقد [illegible] الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف
وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة [illegible] شيئا مكيلا او موزونا موصوفا
في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه
لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو اختيار شمس الائمة لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها
في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استاجر دارا او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط
بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة تسلم في مكان تسليمها
وصورة القسمة اقتسما دارا واخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم بمقابلة الزائد مكيلا او موزونا
موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال
وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء قد تقدم بيان الحمل والمؤنة فيعلم من ذلك
ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله
مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لعدم الحمل
لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع ويتوقع
الاصل يتعين [illegible] فيرجع على غيره وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء
وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه قوله ولا وجوب في الحال
جواب عما قال يجوز ان يتعين مكان العقد من حيث وجوب التسليم فقال التسليم في الحال
ليس بواجب ليتعين ولئن سلمنا ان ظاهره يعين مكانا فيقال لا يتعين لانه لا يستوجب الا يلزم تعليل
مؤنة ولا يختلف القيمة باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يبعد في المثل
سقوط خطر الطريق ولو عين المصرفيما له حمل ومؤنة يكتفى به لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة
واحدة فيما ذكرنا من انه لا يختلف قيمته باختلاف المحل ومسائلنا ذكرنا من المسائل في السلم
والثمن والاجرة والقسمة ومسائل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين
ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال ولا يصح حتى يقبض راس المال

معناه

معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض راس المال في مكان العقد قبل ان يفارق
كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض
فاذا افترقا كذلك فسد اما اذا كان راس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى
الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي اى النسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف
ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه اجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه
الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فانها عقود تثبت احكامها بمقتضيات اساميها لغة وهذا وجه
الاستحسان والقياس جوازه لان العروض متعين في العقود فبترك شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين
بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب اى ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على
التسليم ولهذا اى ولاشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لان خيار الشرط
يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا
من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند
الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما اخذه عنه فلو رد المأخوذ عاد الى ما في ذمته ويثبت الخيار فيما
اخذه ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهى فاذا لم يفد فائدته لا يجوز اثباته ومن بيع العين لعدم فائدته لان العقد
ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ فيه فيه شك لان احدهما ان الضمير
في قوله فيه اما ان يراد به راس المال او المسلم فيه لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في راس
المال صرح به في التحفة وقال لا يفيد به السلم ولا الى الثاني لانها ليس بعقد لانه في بيان اشتراط
قبض راس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا
والثاني ان المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه
يعود الى المسلم فيه وذكر استطرادا ويجوز ان يعود الى راس المال ولئن كان دينا في الذمة تسلسل
ولا يفيد ولئن كان عينا وجب ان لا يفيد لا فضائه الى النهمة وعن الثاني انا لا نسلم ان المعقود عليه في الاستصناع
دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه
بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق
فلا يخلو اما ان يكون راس المال قائما او لا فان كان الثاني لم ينقلب العقد بالاسقاط لان ابتداءه براس
مال هو دين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر لان البقاء اسهل من الابتداء والجواب
انه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل
مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر رحمه الله قال
وجملة الشروط جمعوها اى جمع المشايخ جملة شروط السلم اعلام راس المال وهو يشتمل على بيان
جنسه وقدره وصفته ومن تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم ومن اعلام المسلم فيه وهو
يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر ومن تاجيله يعني الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقدار
ومن بيان مكان الايفاء كما مر ومن القدرة على تحصيله وهو ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة
مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل سواء اطلق المائتين ابتداء او اضاف احدهما
الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ
اذ السلم يقع صحيحا اما اذا كان اطلق ثم جعل المائة من راس المال قصاصا بالدين فلا اشكال في طروء

كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان الباقي مبيعا بالحصة طاريا واما اذا اضاف الى الدين ابتداءً
فكذلك ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود اذا كانت
عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا
ان لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا ويبطل بالافتراق لما بينا ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالي بالكالي وقيد بقوله فانه دين على المسلم اليه لان الدين على
غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست مما استحقه قال ولا يجوز التصرف في راس المال
والمسلم فيه لا يجوز التصرف في راس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالي
بالكالي فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله لما فيه من تفويت
القبض المستحق بالعقد واما في المسلم فيه فكذلك لانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز
ولا باس به بعده لان المقبوض بعد السلم كالعين المشتراة من راس المال ان كان مثليا جاز له
بيعه مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا بثمن مثل ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشرك شخصا
آخر في المسلم فيه ولا التولية وصورتها ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعدما دخلا في العموم لانهما اكثر
وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقالة معروف
فانه يولي غيره ما تولى فان قيل ما لا السلم لم يمكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا
حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ
ولهذا انفس من ذلك ولانه اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع
يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل راس المال
مبيعا ليرد عليه العقد والا لكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا
مثل المسلم فيه واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان
يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف
فيه قبل القبض فكذا ما اشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض راس المال في المجلس اعتبارا
للانتهاء بالابتداء اجاب بقوله لا لانه اي لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه
بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول
اشتراطه في الثاني بالضرورة ولئن ثبت بالتشبيه وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز
عن الكالي بالكالي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والسائل يغني عن
هذا السؤال لان راس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه
لا يرد ولكن المصنف ذكره ومن يسمى تنوع نظرا الى كونه راس المال وجوب قبضه ولو ابرز ذلك في
معرض الدليل على انه صار معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي راس المال لوجب كان ادق على
طريقة قوله في اول الكتاب ويجوز بلسان كان بسبب الفارسية وهي طريقة قوله ولا عيب فيهم غير ان
سيوفهم بهن فلول من قرائن الكتاب قوله وفيه اي في جعل راس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر
هو يقول راس المال بعد الاقالة له صار دينا في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون
جاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل
رجل اسلم في كر من الحنطة وهو ستون قفيزا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم

بقبضه

[illegible]

ومن اسلم للدر ... ابي حنيفة رحمه الله واذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم ومن كان متعنتا

وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره

كان

كان القول قوله لانه ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد ولئن كان خصمه هو المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله

وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول المنكر وان انكر الصحة وعلى هذا اذا اسلم رجل

في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول

قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على رأس المال

عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد

بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد

كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقول من يشهد له الظاهر اقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم

ان المسلم فيه يربو على رأس المال بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت

كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث

المشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وهو باطلاقه يقتضي ان

يكون القول قول المنكر وان انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقلهم وشدة تحرزهم

عن الغبن في المبايعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم

عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك اقوى دليل على ربو المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار

للمعاني دون الصور فمنكر الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع

اذا ادعى رد الوديعة واذا انعكست المسئلة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكر المسلم اليه

لم يذكر محمد في الجامع الصغير والمتأخرون من المشايخ قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم

عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه

منكر وان انكر الصحة قوله ويستفيد من بعد بيده ما يذكر بعده مخطوطا القول لرب السلم عندهما

وفي عبارته تسامح لانها تستعمل للبعد والمطابق ويعرف ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال

رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر

ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له

وهو يربو على رأس المال عادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف بان الفساد

بعدم الاجل غير متعين لمكان الاجتهاد فان السلم الحال جائز عند الشافعي واذا لم يكن متعينا

بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا تكون المنفعة برد رأس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف

وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف

لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة لكن

بعد ذلك وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه

الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه منكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله

وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا

بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح ولو انكر الصحة وعند ابي حنيفة رحمه الله
القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس
بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين احدهما ان الظاهر من
حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه والاجل من
شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وانه انكار
بعد الاقرار وهو مردود وبخلاف المضاربة فانها اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانها اذا
فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي
للفساد مدع لعقد آخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار
الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف
لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض
فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض
في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء من مال رب المال وهو منكر
والقول قول المنكر وعن المصنف رحمه الله في الوحدة للزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر وعن غيره
بعدم اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة
يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف
الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال
لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان العذر المذكور كان مبنيا على اتفاق ورود
النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد وردا عليه لان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت
نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف
يغير المعطوف عليه كما اذا شهد احد الشهود بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي
والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم
وهذا الحكم مختص بهذا الكتاب وجملة المقام موضعه قال ويجوز السلم في الثياب
ه السلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة بان قال رقعة هذا الثوب جيدة
يراد غلظه وحاشيته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم ولو كان ثوب حرير وهو المتخذ من
الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه ايضا لان قيمته تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول
والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع
حرير بذلك الوزن وليس حقه بمراد لا محالة واما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شيخ الاسلام
السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة قال
ولا يجوز السلم في الجواهر ه العددي الذي يتفاوت احاده في المالية كالجواهر واللآلي والرمان

والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه الى النزاع وفي الذي يتقارب احاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس
واحد ومن صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن فلا يتفاوت في المالية ولا بأس
بالسلم في اللبن والآجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه اذا سمي الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن
يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلتحق بالعددي المتقارب قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة
مقداره جاز السلم فيه ه هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز وفيه بحث
من وجهين احدهما انه عكسها فقال وما لا ينضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس
قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة بعد
ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم
يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
الحديث وحيث كان يستلزم كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق
وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل
بجزئياته فيقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة ولا بأس بالسلم في طست او قمقم
او نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه اي لا يجوز لان المجهول خير منه قال
وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز ه الاستصناع هو ان يجيء انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئا
صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضه او لا يسلم وهو لا يخلو اما ان يكون فيما
فيه تعامل واليه اشار بقوله شيئا من ذلك اي مما تقدم من طست وقمقم وخفين او لا والثاني
لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجيء والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم
لانه لم يضرب له اجل واليه اشار بقوله بغير اجل ووجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان
الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك
بمثله كدخول الحمام ولا يشكل بما لم يتعارف فيه الناس تعاملا وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله
لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع
او عدة والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة
ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا اثبت لكل واحد منهما الخيار ووجه العامة انه
سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز فيما فيه تعامل
لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او الخياط ان يخيط له قميصا
بكرباس من عنده والمواعدة يجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة الا ترى انهما اذا
تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة
فان قيل كيف يجوز ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجيب بان المعدوم قد يعتبر
موجودا حكما كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة

للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع
المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع
والمعقود عليه هو الصنع اجيب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من
صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وفيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود
عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بانه لو كان بيعا لما بطل بموت احد
العاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكر في جامع قاضي خان واجيب بان للاستصناع شبها
بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها بالبيع من حيث ان المقصود منه العين
المستصنع فللشبه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما وللشبه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه
القياس والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في
البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك
اجارة محضة اجيب بان الصبغ اصل والصبغ آلة فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت
على العمل في عين المستاجر وههنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم
يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل اشبه الاجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستصنع الا
باختيار المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله اي كونه بيعا لا عدة
وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعيينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز عما قيل
في كل منهما على خلاف ذلك قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه اي المستصنع
بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم
ولا خيار للصانع كذا ذكر في المبسوط فيجبر على العمل لانه بائع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو
الاصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه
لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما
اما الصانع فلما ذكرنا اولا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله
فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا ترى ان الواعظ اذا استصنع منبرا
ولم ياخذه فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب
بجواز ان يكون الرضا على ظن ان المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه
فان قيل ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام اجيب بان اجبار المستصنع
اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام
علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها
لا في حيازة اختيار جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة
ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بان لها الخيار بطل خيارها لان الجهل
في دار الاسلام ليس بعذر مع انه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها

ولا يجوز

ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له على القياس
السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسألة احتراز عما اذا ضرب له
اجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل
فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكر على سبيل الاستمهال لا ما المذكور على سبيل الاستعجال
مثل ان قال على ان تفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتاخير المطالبة بالتسليم
ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من
الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة
لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة للاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما
لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان
يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف ما لا تعامل فيه فانه
استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم وتقريره لا نسلم
ان اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين
كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة
يريد به ان فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بالمداينة والسنة
دون الاستصناع مسائل منثورة اي هذه مسائل من كتاب البيوع تفرقت عن
ابوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها ههنا قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع
بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل اما الكلب
المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به
حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب
يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فساوى المعلم
في الانتفاع به وعن ابي يوسف ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه
صلى الله عليه وسلم نهى عن اقتنائه وامر بقتله قلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب
للصيد او للماشية او للزرع وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله
عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل
وترك التاء الحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سؤره
فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع بعزته
فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب
الا كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى
فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير

واجيب بان ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعى الخصم واما اثبات المدعى فثابت بحديث ذكره في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه انه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى وسلك الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة لانه ينتفع به حراسة واصطيادا الا انه ولنشره فكان مالا فيجوز بيعه واعترض بوجهين احدهما ان الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على ماليه عينه كالادمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني ان شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب عن الاول بان الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين شرعا فيثبت الحرمة في كل جزء وسقوط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا يدل على رفع الحرمة فيما عداها كاباحة لحمه حالة المخمصة واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا ينتفع بها قوله والحديث محمول جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره ما روي عن ابراهيم انه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهي انتسخ فانهم كانوا الفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز ان يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن بالحقيقة لا يكون الا في المبايعة قوله ولا نسلم نجاسة العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس بنجس العين كذلك ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجيء قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير ش بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعني انه باطل لعدم وقوعهما مبيعا وثمنا وما يترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه

في العام

في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال واهل الذمة في المبايعات كالمسلمين ش قال محمد في الاصل لا يجوز من اهل الذمة الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا العروض نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذا كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا هم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ما يبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا بقاء للانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليها كالعقد على العصير والشاة في كونها اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم بالعمال انكم يعني الكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال انهم يفعلون ذلك لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان رجلا ان يشتري عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالالف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز وياخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل ان الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه اي الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ولا يستفيد المشتري بملك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة من مقابلته شيء فجاز اشتراطه على الاجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة ليتحقق المقابلة صورة وان كانت معنى ليخرج عن شبه الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سمى من المال والرشوة حرام لا يلزم بالضمان واعترض بوجه الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويحمل عنه الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر من الصناعة في اصل المسئلة يغني عن هذه الاسولة والجواب عنها ولا باس ببيان ذلك للتحصيل فان ورود السؤال اذا كان لغموض فهم اصل الكلام فجوابه بكل ليس وذلك انا قد بينا ان فضول الثمن قد يستغنى عنه بان كان جزءا مجردا مجازا ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فيكون الزيادة على المشتري ثابتا بلا بدل وفي مثل ذلك يجوز ان يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك بطلب ضمن الزيادة لا غير والملتزم فيما عنى فيه الاجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان يقابله شيء من المال فلا يمكن كالزيادة لو وجب لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم

وجوب شي من مقابلته وقع في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل لا
خلاف في امتناعه وقال رحمه الله بعض الكتاب عبر عن ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا
ينبغي ان لا يعتقد اضافته لكنه بدل الجزء من المضاف اليه على حذف مضاف اي الخمس خمسمائة قال
ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها ۞ رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها من رجل فوطئها
الزوج جاز النكاح لوجود سببه ولاية الانكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا مانع عن الحول لان المنع
عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عند الغرر بانفساخ بهلاك المبيع قبل القبض كالتقديم والنكاح
ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطي لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله
وان لم يطاها الزوج فليس اي بمجرد التزويج قبضا استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية
عن ابي يوسف حتى لو هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها
المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضا فصار كالاعتاق
والتدبير والتعيب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين وجه الاستحسان ان التعييب الحقيقي
استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس كذلك في الحكمي ولا يصير قابضا والاعتاق
والتدبير اتلاف للمالية وانها للملك ولهذا ينسب اليه الولاء ومن ضرورته ان يصير قابضا قال
ومن اشترى عبدا فغاب المشتري ۞ رجل اشترى عبدا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب
البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة قال الامام فخر الدين
الا ان كانت الغيبة معروفة اولا فان كان الاول لم يعتبر في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع
ممكن ورفع البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد واوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البائع
فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيعتبر لذلك ولهذا لان العبد في يده والقول قول
الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك لان صدقوه لو اقر به لغيره كان صحيحا كالعبد فكذا اذا اقر به
ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه
كالراهن اذا مات فان المرتهن احق بالرهن يباع في دينه لان تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات
قبل قبض المبيع مفلسا فان المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة البائع لم تقبل
لان حقه ليس متعلقا بالعبد بل هو دين في ذمة المشتري ومطلوب البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب
ممتنع عندنا وفيه بحث من اوجه الاول ان اقامة البينة على الغائب لا يجوز لانها تعتمد انكار الخصم
وذلك من الغائب مجهول الثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد
تقدم بطلانه الثالث ان ذلك يقضي الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وحرر ذلك
لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتوقيف بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البينة
كما ذكرنا بمعنى التمهيد لا للقضاء وانما القاضي تقضي بموجب قول المرء بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى
انكار الخصم وعن الثاني وجهين احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري
ثم يبيع لان بيع القاضي لبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له ان
يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه واحسن بان ذلك حق البائع وقد تسامح فيه صريحا والثاني
ان البيع هاهنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع احيا لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت
ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا ان هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر
بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وجه ظهر الفرق
واندفع

واندفع التحكم واذا باعه فان فضل شي يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع به اي ان يتبع البائع المشتري
فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فان للحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا نقد
اجبر البائع على قبول نصيب الغائب ويسلم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب
فللحاضر ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن واذا قبل لا يجبر على تسليم نصيبه
من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهايأة لا غير واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب
اذا حضر بما نقد لاجله وليس له حق الحبس على ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه
بغير امره ولا رجوع في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر
فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة وللبائع حق الحبس
ما بقي شي منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فان من اعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن
وهو المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير
بغير امره لاضطراره في القضاء وهذا لانه لا يتمكن من الانتفاع الا بالقضاء فكان مضطرا فان قيل لو كان
التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم في حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على
الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار ليس في حالة حضوره متحققا
لامكان ان يخاصمه الى الحاكم ليستوفي نصيبه من الثمن ويتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف
حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجرا دارا فغاب احدهما قبل
نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر
في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة لذا ذكره الامام
التمرتاشي واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء
اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما سيجي قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة
۞ رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح ووجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة
مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار
والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس اولوية لاحدهما على الاخر فيجب التساوي قيل
وكان الواجب ان يفسد العقد بالجهالة او الرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر
فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيده محمد رحمه الله بها في الجامع الصغير وسوغ الاصل
ويجوز ان يقال انه تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك
هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاولى للعطف الا انه يجب من الذهب
مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الدراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف
في وزن الدراهم ولقائل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف
في البلد الذي وقع فيه العقد قال ومن له على اخر عشرة دراهم جياد ۞ رجل له على رجل
عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في الوصف مرعي
من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كميته حقه رجع عليه

يتبدل فكذا اذا انتقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهذه
عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المقبوض من جنس حقه
بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل
بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا
انها عند المقابلة بجنسها هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون
هو الاصل والغرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتبار ايجاب عليه له ولا نظير له
في الشرع واعترض بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز الا في العبد ومما هنا
لعبد قصار لكسب الماذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان مملوكا له حتى لو اسره
والثاني ان المقصود الاصلي هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمني فلا يعتبر والجواب
عن الاول ان القابلة ثمة انما هي للغرما فكانه يضمن الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف
تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له قال واذا افرخ طير في ارض رجل اذا افرخ طير في ارض رجل
ولم يعدها لذلك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكنس فيها ظبي وفي بعض النسخ تكسر فيها
ظبي لانه مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذه بالحديث وكونه لو خذ بغير حيلة
لا يخرجه عن الصيد به كصيد انكسر رجله في ارض انسان فانه للآخذ دون صاحب الارض والتكنس
التستر ومعناه من الاصل دخل الكناس وهو موضع الظبي ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد
بذلك حتى لو كسره احد فهو له والبيض في معنى الصيد لانه اصله وانذاب الجزاء على المحرم بكسره
او شيه فوله وصاحب الارض لم يعدها ارضه لذلك اشار الى انه لو اعدها لذلك بان حفر ما
ليقع فيها او بغير ذلك مما يصطاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف
فتعقل بها صيد فهو للآخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه
ما لم يلقه اي يضمه الى نفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه فان العسل
لصاحبها لانه عد من انزاله اي من انزال الارض وبها وهو المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل حتى
والفرق بينهما ان العسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصار ما يعالها كالشجر النابت فيها والتراب
المجتمع بجريان الماء بخلاف الصيد كتاب الصرف الصرف بيع خاص وهو الذي يكون
كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تاخيره عن السلم في اول السلم وسمي
هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة
واما لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلهما من الجودة والصياغة
اذ النقود لا ينتفع بها بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب
به الزيادة والعين حاصلة في يده كان فيه فائدة اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته
قوله واحل الله البيع وقوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة وهو الفرق
هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ناسب ان يسمى صرفا ومنه اي من كون الصرف هو الزيادة لغة سميت
العبادة النافلة صرفا قال صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل
هو الفرض سمي به لكونه اداء الحق الى المستحق وشرط على الاحكام التقابض قبل الافتراق بدنا ولان لا
يكون فيه خيار ولا اجل واقسامه ثلثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما

بالاخر

٦٤

بالاخر قال فان باع فضة بفضة فان باع رجل فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثل
وان اختلفا في الجودة والصياغة بان يكون احدهما اجود من الاخر واحسن صياغة لقوله صلى الله
عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به التماثل في القدر لا في الوصف لقوله صلى الله
عليه وسلم جيدها ورديها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربوا وحدث محمد رحمه الله
في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك قال اتي عمر بن
الخطاب باناء خسرواني قد احكمت صياغته فبعثني به لابيعه فاعطيت به وزنه وزيادة
فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا قال ولا بد من قبض العوضين قبل
الافتراق فيقبض عوضي الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما رويناه من قوله
يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره وهو في الدلالة على
وجوب التقابض كما ترى وبالمعقول وهو انه لا بد من قبض احدهما اخراجا للعقد عن الكالي بالكالي
وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة نفيا لتحقق الربوا وقوله في الكتاب فلا يتحقق الربوا
فيه هو منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد قوله ولان احدهما دليل الاولوية تقريره ان احد العوضين
ليس اولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كان يتعينان كالمصوغ او لا
يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الآخر لاطلاق ما رويناه وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب
الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره قوله ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب
بلا قبض لا يصح لانه كالي بكالي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ
وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقه فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا
فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب
بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه
خلق ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل
عنها اجيب بان عدم الجواز في المضروب نسيئة لقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص
مضاف اليه لا الى العلة فيكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق ما يكون
بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر
رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه وقصته ما روي عن ابن جبلة قال سالت عبد الله بن عمر
رضي الله عنهما فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة
فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب
ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين جواب ما سئل
عنه لا باس ان يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم
من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من
التفرق هو المعتبر في قبض راس مال السلم قوله بخلاف خيار المجلس يرجع الى قوله لم يبطل الصرف

يرد لان مشي المخيرة مع زوجها ولئن كان للرجعة والجلوس يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض ولئن
باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم
الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه
قوله فان افترقا في الصرف يتعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني ليبقى العقد فان افترقا
قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف من يقول
ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما اجيب
به بان شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا ان شرط القبض مقارنا لحالة العقد
من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراخ لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه
فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول
فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت
العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما يرى فيه من التمحل
مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء وبهذا اي ولان الافتراق بلا قبض يبطل لا يصح شرط
الخيار لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرق بين العبارتين
ان في الخيار يتأخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما
ينافي القبض وذكر منافي الشيء مفوت له كذا قيل وكانه راجع الى ان في الاول الاستحقاق فائت
وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت قوله الا اذا اسقط في المجلس يعني منهما ان كان الخيار
لهما او ممن له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا لزفر رحمه الله
وهو القياس ولئن اسقطا الاجل فكذلك ولئن اسقط احدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري
لمختصر الكرخي ولا يفسد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر
العقود الا ان خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا في الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار اذ العقد
لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة
قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه ش التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز
فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب
لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ الربوا حرام حقا لله تعالى والقياس يقتضي جوازه
كما يدعي زفر لان الدراهم لا تتعين عينا كانت او دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق
والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما قلنا كما زعم زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء
الثلاثة ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمة سوى
الثمن وليس احدهما اولى لكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه
ولئن كانا ثمنا من حقيقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة اعتبرنا كل واحد

منهما ثمنا من وجه ومبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع ولئن كان كل واحد منهما حقيقة فـ الا ان عدم
الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات
التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا في الذمة لا في الاثمان الخلقية قوله وليس من ضرورة كونه
جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعين فان
المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لاشترط قيام الملك فيهما
وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليسا في ملكهما ثم استقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح
واجيب بان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبرناها مثمنا بعد العقد لضرورة تعينه
فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة ش اذا
كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله
عليه وسلم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وهو المعقول المتقدم مراده بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه
مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما ولئن كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما
حالة العقد شرط صحته لان الفضل ح موهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم
لم يرد المماثلة في علم الله لانه لا سبيل لنا الى ذلك وانما اراد المماثلة في علم العاقدين ولم يوجد فان وزنا في المجلس
وعلما في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه
لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر رحمه الله اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في
المجلس او بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد ما هو في علمهما
قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة ش الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن
كونها صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف
مثقال بالفي مثقال ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض
حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس
بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب لئلا يلغى
للذمة كما اذا ترك سجدة صلبية وسهى ايضا ثم اتى بسجدتي السهو وسلم يصرف احدى سجدتي
السهو للصلبية ولئن لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالفي مثقال
الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر
من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع
من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر
الاتيان بالواجب ولئن صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى
يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرجان من احدهما فيحمل عليه لتحسين الحال ولئن قال عن ثمن الحلية
خاصة فلا كلام فيه ولئن قال عن ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او لا وتفرقا على ذلك
انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد او الاضافة ولا
مساواة لعدم تصريح من القول قوله لان المدفوع ثمن السيف فان لم يتفقا شيئا حتى

افترقا بطل العقد في الحلية لأنه صرف فيها وأما في السيف فإن كان لا يتخلص إلا بضرر فكذلك
لعدم إمكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف وإن كان يتخلص
بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية
قوله وهذا إذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن أزيد مما فيه أي في السيف تعميم للكلام لأن فرض
المسألة أن الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الأقسام
الأربعة وهي أربعة الأول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التي مع
غيرها وهو جائز لأن مثلها بمثلها والزائد في مقابلة الغير فلا يفضي إلى الربوا والثاني أن
يكون وزن المفرد مثل المنضم وهو غير جائز لأنه ربوا لأن الفضل ربوا سواء كان من جنسها
أو من غير جنسها والثالث أن يكون المفرد أقل وهو واضح والرابع أن لا يدري مقدارها
وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر فإن الأصل هو الجواز
والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض ولم يعلم به فحكم بجوازه والجواب أن ما لا يدري يجوز في
الواقع أن يكون مثلا وأن يكون أقل وأن يكون زائدا فإن كان زائدا جاز وإلا فسد فتعدد وجهة
الفساد فترجحت واعترض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح وأجاب
شمس الأئمة الكردري رحمه الله بأن مراده أنه إذا كان أحدهما يلغي الحكم فما ظنك بهما إلا الترجيح
الحقيقي إذ لا يعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال ومن باع إناء
فضة ثم افترقا ه ومن باع إناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا
بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الإناء لأنه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد
في بعض دون بعض فصح أي بقي صحيحا في بعض وبطل في الآخر وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط
البقاء على الجواز فيكون الفساد طاريا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد
لأن تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى
تمام الصفقة قال ولو استحق بعض الإناء ه أي ولو استحق بعض الإناء في هذه
المسألة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رد لأن الإناء يعيبه الشركة
إذ الشركة في الأعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه
فيتخير بخلاف صورة الافتراق فإن العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض
قال ولو باع قطعة نقرة ه المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فإضافة القطعة إلى النقرة
من باب إضافة العام إلى الخاص وإذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ
ما بقي بحصتها ولا خيار له لأن الشركة فيها ليست بعيب لأن التبعيض لا يضره بخلاف
الإناء قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع ه وجعل
درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي

رحمه الله

رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا إذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة والأصل أن الأموال
الربوية المختلفة الجنس إذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس إلى الجنس فساد
المبادلة يصرف كل جنس منها إلى خلاف جنسها عند علمائنا الثلاثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا
إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته التقابل الانقسام على
الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل
على ذلك الوقوع فإنه إذا اشترى قلبا أي سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن
أمكن صرف الربح إلى الثوب وكذا إذا اشترى عبدا بألف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن بألف
وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره
وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده وكذا إذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب
فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف إلى الثوب وليس ذلك كله إلا لما ذكرنا
أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز ولنا
أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الإرادة فينبغي أن يكون مرادا أما أنه جائز الإرادة
فلأن كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا إذا باع كر حنطة بكريها فسد لأن الكر بالكر وفضل الآخر
وأما وجوب أن يكون مرادا فلأنه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه وبيان تعينه أن ذلك
بإمكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار
بمقابلة الدينار الآخر لا يقال هذا غلط لأنا ما أردنا من الطريق إلا الصرف إلى خلاف الجنس على
أي وجه كان على أن فيما ذكرتم تغييرات كثيرة وما هو أقل تغييرا متعين والجواب عن قولهما
إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله والأول
مسلم والثاني ممنوع وإنه مانع عن الجواز والثاني ممنوع لأن موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل
بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف
إلى نصيبه تصحيحا للتصرف وإن كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع إلى التعيين
لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا وأجاب عن المسائل التي استشهدا بها
أما الأولى أعني مسألة المرابحة فبقوله لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب
ولا بد من أن يكون مرادا وإنه تغيير في الأصل أو غير ذلك فإن كان الثاني فلم يبينه وإن كان
الأول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن أن الاستبدال من الزيادة إلى النقصان
تغيير العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع ولعله يجوز أن يقال إن ذلك في المساومة
أما إذا صرح بذكر المرابحة فالتغيير إلى التولية في أصل العقد لا في وصفه وأما الثانية فبقوله
والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشترى وقد
تقدمت هذه المسألة في شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما الثالثة فلأنه أضيف البيع
إلى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والمنكر لا يتناوله وأما في الأخيرة
فلأن العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء
يعني أن الصرف إلى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح

ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار فهي المسئلة المتقدمة كان البدلان فيهما جنسين من الاموال الربوية ومن هذه احدهما وهي تجري كالاولى ويكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر من حال البايع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجايز دون الفاسد

قال ولو تبايعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشيا معها بخمسة عشر درهما فاما ان يكون ما له قيمة اولا والاول اما ان يبلغ قيمته الفضة اولا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم تقابلها عوض فيتحقق الربا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم يبلغ فهو جايز مع الكراهة ككف من زبيب او جوزة او بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربو فيصار كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة واما لانه يفضي الى ان يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزايد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السوال ساقط لان الكراهة انما اتى للاحتيال لسقوط ربو الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة الزايدة ليست بظاهرة قوله ومن كان له على اخر عشرة دراهم مسئلة تبيين بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على احد عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمة من هو عليه لانه ملكه بدلا عن الدينار وغاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الاخر احترازا عن الربو وذلك لان بقبض احد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الاخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بايع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض الاخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين لا يتوقع وانما هو في دين يتوقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان الحق العقد ولم يضف الى العشرة الذي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا اولا فان كان الثاني لم يقع المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدال ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه السلام يدا بيد والدين بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على المقاصة بتراضيهما لا بد لهما من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فيجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان ثابتا ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا لبدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا اقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وفيه بحث من اوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو

لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى يبطل المقتضى وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البايع بحكم الاقالة لان اقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله وفي الاضافة الى الدين يعني المعهود يقع المقاصة بنفس العقد على ما بيناه وعن الثاني بان المقاصة تقتضي قيام العقد وهو موجود لانهما لما ابطلا العقد الاول صار كانهما عقدا عقدا جديدا فيصح المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة فيها يثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يستدرك الاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنه وهو ما روي انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني اكري ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير وقال للعباس فقال صلى الله عليه وسلم لا باس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما كانا يضيفان الى العقد الى الدين الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلزم به زفر وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم ثم اراد ان يتقاصا ففيه روايتان في رواية ابي سليمان وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المصنف في اصح الروايتين تقع المقاصة لان الدين اللاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح انهما لما قصدا المقاصة تضمن انفساخ الاول والاضافة الى دين قايم وقت تحويل العقد فيكون الدين سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السوال الاول وهو ليس بدافع كما ترى الا اذا اضيف ان القايل يعني ان لا يقع المقاصة بين العين والدين اصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر وتقوى هذا الوجه ان الدين لا يتعين لا في التعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين السابق بلا اتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف اولان المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة ح بينهما وبين الدين المقارن ولهذا اوضح قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا وياخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جايز بالوجه المقتضي واتفاق المانع اما الاول فلصدوره عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة واما الثاني فلان

فلان المالع لو ان تصوّرهنا مهوالجودة وهي ساقطة الحرمة عند المقابلة بالجنس قال واذا كان
الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم لا الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة او عادة فالاول
كما في الردي والثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونه تتفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب
في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والفضة الذهب
كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص
بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وان كان الغالب عليهما الغش
فليسا في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل
تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدري فالبيع فاسد وان كانت اكثر صح وهي الوجوه
المذكورة في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم
شيئين فضة وصفر قوله ولكنه صرف جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس لم يبق صرفا
فلا يكون التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد لا
والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيها وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود
الفضة من الجانبين واذا اشترط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر ولهذا اشار
الى ان الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله ومشايخنا يريد به علماء ما
وراء النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والغطارفة اي الدراهم الغطريفية وهي
المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل هو خال هرون الرشيد
لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه اي لو افتي باباحته تدرجوا الى الفضة والذهب
بالقياس ثم المعتبر في المعاملات بها المعتاد فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيهما بالوزن
وان كانت تروج بالعد فبهما فيهما بالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا
عليهما ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين فان هلكت قبل التسليم لم يبطل العقد
بهلاكها ويجب عليه مثله واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين كالرصاص والستوقة ويبطل
العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم
يعلم ولو لم يعلما او لم يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق
بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار اليه وان كانت يقبلها
البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع
خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه
بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف قيمته يوم
البيع وعند محمد اخر ما تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر
انه في كل البلاد او في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسايل ان عدم الرواج انما

انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى
البيع بلا ثمن واما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لا يهلك
لكنه تعيب فكان للبايع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان
شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد واما على قولهما
فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين
عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد
يجب ان يكون على هذا القياس ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع
شرعي الا انه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي
العقد قال ابو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم
الانقطاع اي الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولابي حنيفة رحمه الله ان
الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس
المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناول عينها وهو
باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها ما
دامت رائجة فهي تثبت دينا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية
في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت
المالية بهلاك المبيع قبل القبض او تخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان
الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ
والصبر الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك للثمنية على
وجه لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد اصلي والشيء اذا رجع الى اصله
قلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان
مقبوضا فان كان قايما وجب رده بعينه وان كان هالكا او مستهلكا فان كان مثليا وجب
رد مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع
عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع لكن
وان كان صدر البحث بالكساد واما اذا غلت بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا اعتبار
بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال
ويجوز البيع بالفلوس ش البيع بالفلوس جايز لانه مال معلوم اي معلوم قدره ووصفه
وان كانت كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف او الاشارة اليه ثم انها اما ان تكون
نافقة او كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح فا
لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد
وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع واذا باع بالفلوس النافقة

ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند ابي حنيفة
يبطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في المبسوط
والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف
بين اصحابنا الثلاثة وذكروا انقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف
الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل
القبض بطل الشرا عندنا وقال زفر لا يبطل لانه تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا
يبطل بالعجز عن تسليم البدل كالواباق العبد وكالواسلم في الرطب فانقطع اوانه وهذا بظاهر
قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر يمنعه لانه دليلهما في كساد الدراهم
المغشوشة حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا يفضي الى التحكم الا اذا ظهر
معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك قال ولو استقرض فلوسا
فكسدت ش اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه استقراض المثلي اعارة كان اعارته قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه معنى
وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف
عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ونجعل بمعنى العين حقيقة لانه
لولم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى
العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين ان لو رد مثله حال كونه نافقا اجاب
المصنف رحمه الله بان الثمنية فضل فيه اي في القرض اذ القرض لا يختص به اي بمعنى الثمنية
ومعناه ان الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه فجاز ان ينفك
القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الا ترى ان الاستقراض
جايز في كل مكيل وموزون او عددي متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه من ذوات الامثال
بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه
ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها ما دام ممكنا وعندهما
تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المثل المجرد عنها في
معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند
محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف ومحمد فيمن
غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ويجي
وقول محمد انظر للقرض والمستقرض لان على قول ابي حنيفة يجب رد المثل وهو كاسد
وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم
القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد انظر للجانبين
وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض

وساير الناس وقيمته يوم الانقطاع يشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله ايسر قال
ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز ش رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس جاز
يعني ان ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقره وذلك معلوم عند الناس وقت العقد
ويجب عليه الوفا بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم
او بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي تعدود ونصف درهم ودانق
وقيراط منه موزونه وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز
وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد
فكان مغنيا عن ذكر العدد ولو اذا زاد على الدرهم جوزه ابو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل
محمد بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوزه فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة في الفلوس
فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف لا سيما
في ديارنا بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف قال ومن اعطى صيرفيا درهما
ش هذه ثلاث مسايل الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه
نصفا اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي
عندهما لانه قابل النصف بالدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة
وهو ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد
لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب
تدل على انه لا نص عن ابي حنيفة رحمه الله والثانية ان يكرر لفظ الاعطا والمسئلة بحالها فالحكم
ان العقد في حصة الفلوس جايز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الاخر
كما لو قال بعني بنصف هذا الالف عبدا وبنصفها دنانير فان البيع في العبد صحيح
وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني
والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام ان العقد لا يصح ههنا ايضا وان
كرر لفظ الاعطا لاتحاد الصفقة فان قوله اعطني مساومة وتكرارها لا يتكرر البيع وهذا
لان بذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الاخر
اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح
وهو اختيار المصنف والثالثة ان يقول اعطني نصف درهم فلوس وفي بعض النسخ فلوسا
بدلا عن نصف ونصفا الا حبة جاز والفرق بينها وبين الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه
بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم
الا حبة بمثله والباقي بازاء الفلوس قال المصنف وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية
اراد قوله اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا ويد بذلك ان

المسئلة الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابن نصر الاقطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ والله اعلم كتاب الكفالة عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة هو الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها وفي الشرع ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمه وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح وجعلنا الدين عليه ضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين واما قبل ذلك فلا ضرورة فلا نجعل في حكم دينين قال الكفالة ضربان الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه يتأتى مثله لا ينقاد له ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامر فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم اي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو مشترك الالزام لانه عليه السلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به قوله ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه قوله اذ لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر بان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له قوله والحاجة ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا قال وينعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن

حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبراسه وبرقبته فان كلا منهما مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شايع كنصف او ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا ينعقد اذا قال ضمنته لانه صرح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل اليتيم والعيال من يعوله اي ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير ويكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه او قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف وعلى هذا معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما درى بما يدعي فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون للعجز او مع قدرة فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك او لا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني بان قال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قال واذا احضره وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم

الامر واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق
برى لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتاخرون
من مشايخنا قالوا هذا انا على عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا اشترط التسليم في مجلس القضا
لا يبرا التسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونه على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد لا على
الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرا لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة
وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برى عند ابي
حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرا لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا
يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم ان يكون فيما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه
فتعارض الموهومان و بقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرا وهذا لان المعتبر
تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه او ياخذ منه كفيلا وقد حصل و قيل هذا
اختلاف عصر و زمان فان ابا حنيفه رحمه الله كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وقال
كل مصر منقاد لامر الخليفه فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر او في مصر اخر ثم تغير الحال
بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقيد
التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان هو الطالب
بري وان كان غيره لم يبرا لانه لم يقدر على المحاكمه فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو
محبوس فلم يقدر ان ياتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو
مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به قال واذا مات
المكفول به بري الكفيل من الكفالة بالنفس ش بقا الكفالة بالنفس ببقا الكفيل والمكفول به
وموتهما او موت احدهما مسقط لها اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط
الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل واما اذا مات الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول
بنفسه لا محاله فان قيل فليودي الدين من ماله اجاب بان ماله لا يصلح لايفا هذا الواجب
وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابه لانه
لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نايبا اذ المقصود
ايفا حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيوخذ من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على
المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في حاله الحياة واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب
الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلوارثه ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال
ومن كفل بنفس اخر بالاضافة ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بري فدفعه اليه بري لانه يعني
البراة وذكر لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراة عند التسليم وقد
وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشرا فانه
ثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا

الحابس
صح

في

في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع المكفول به
الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون
ذكرها صريحا وليس بشي لان الكلام في ان البراة تحصل بدون التنصيص لا في ان دفع المكفول
به الى المكفول له قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا النفي الاشتباه
لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم
استوف حقي من المطلوب لا يبرا الكفيل ولكن يقال له فذا وجب على نفسه التسليم ولم
يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضا الدين لان الكفيل
يبري نفسه بايفا عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك
ايفا الحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن
كفالته اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان بري الكفيل وصار
كتسليمه الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة
الكفيل اذا طولب به فهو بري نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي
من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن
جهة الكفيل فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرا
وعلى هذا فما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة فلا يكون في تسليم نفسه
الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه لا يلزم من انتفا التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرا به
لان ثمه جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرا الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو
خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما
مقامه كتسليمه قال وان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به وقت كذا ش رجل
قال ان لم اواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في الوقت
المذكور ضمن المال واوفاه اي اتاه من الوفا وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه ان لم
يقله لم يلزم الكفيل شي عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو الف وهو
غير مفيد لانه اذا قال فعلي ما لك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع
صحة الكفالة لابتنائها على التوسع وهذا لو قال كفلت لك بما ادرك في هذه الجارية التي
اشتريتها من درك صحت وكذلك الكفالة بالشجه صحيحه مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس
او لا ثم الحكم في هذه المسئلة شيئان احدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
والثاني عدم بطلان الكفاله بالمال لنفس عند ادا ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط
والدليل على الاول قوله لان الكفاله بالمال يعني في هذه الصورة معلقه بشرط عدم الموا
وهو ظاهر لتصريحه بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموا
صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح
التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي

اي لان المكفول به مطالب بحضوره

الى صح

فا

فا

الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها
من تسليم او ابرا او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد
منهما للتوثق فلا يبطلها وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبات اخرى وابطالها يفضي
الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال بدل عن الكفالة با
لنفس ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة واجيب
بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر كفالة بالنفس بعد مثلها
وبان اجتماعهما صحيح والوفا بهما اذ ذاك واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال
الشافعي هذه الكفالة اي المعلقة بالشرط لا تصح لانه اي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب
المال في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب بالخطر فاشبه البيع في لزوم المال بالعوض
بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في البيع لا يجوز فكذا
ههنا والجواب انا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة
عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقا او من وجه والاول
ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر من حيث الالتزام
فشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشرط كلها وشبه النذر يقتضي جواز ذلك واعمال
الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة
بالنفس ورغبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال ومن كفل بنفس
رجل ومن كفل بالنفس وقال ان لم يواف به غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن
المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسئلة
القدوري المذكورة في ان في كل منهما وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها علمها ههنا
بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره ونبه
شبهة فقيه وهو ان الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب ان يسقط ما ترتب عليها من الكفالة بالمال
لكونها كالتاكيد لها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت
اذا سقطت الاولى بالابرا فيجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم
ان الكفيل بالنفس يبرا بموت المكفول به والا لزم ان يكون ما فرضناه تاكيدا للغير مقصودا
بالذات وذلك خلف باطل واجاب الامام ظهير الدين رحمه الله في فوايده بان الابرا وضع
لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابرا انفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع
الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق
به تسليم ينفع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها

في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق فهذا ما ذكره
ولا يلزم صيرورة التاكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تاكيد كما كان قال
اذ ان يتضرر الكفيل وهو مدفوع قلنا الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم حيث تيقن
باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل الاستثناء ظنا منه ان بالموت ينفسخ الكفالة بالنفس
فكذا ما ترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم اواف فلا يقبل
في امر لزمه قال ومن ادعى على اخر مائة دينار ومن ادعى على اخر مائة دينار
وبينها بانها جيدة او رديئة هندية او مصرية او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم
يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف
لغوا وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا يسمع
دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين احدهما ان الكفيل
علق في كفالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر متردد قد يكون
وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا ولا يصح الكفالة على هذا الوجه ولئن بينها لاحتمال
انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه حتى
الحال وهذا الوجه منسوب للشيخ ابي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي ان لا يصح الكفالة
ولئن بين المال وبه صرح المصنف والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس
ولا يصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما بني عليه وهذا منسوب للشيخ الامام ابي الحسن الكرخي
وهو يقتضي الصحة اذا كان المال جعلوه عند الدعوى ولهما ان المال ذكر معرفا لانه قال
فعلي المائة فينصرف الى ما عليه ويكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال
معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى
وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره
ان المال اذا لم يبين جعلوه لا باس بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوى في غير مجلس
القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فيصح الدعوى على اعتبار البيان
فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها
ويبينها في الاخر وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان
لانه يدعي صحة الكفالة قال ولا يجوز الكفالة بالنفس لمن توجه عليه الحد او القصاص
اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع
عن المطالبة لا يجبر عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا يجوز الكفالة
لا يجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجازا وقال ابو يوسف

ومحمد رحمهما الله يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص
لانه خالص حق العبد اي لان المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف ان القصاص مشتمل على
الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر بالملازمه بان يدور الطالب مع
المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فان
اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له بالدخول يجلسه في باب داره ويمنعه من
الدخول بخلاف الحدود الخالصه لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وان طابت
نفس الكفيل به سوا اعطاه قبل اقامة البينه او بعدها اما قبل الاقامة فلان احدا لم يستحق عليه حضور
مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب
على الاصيل وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولابي
حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد منه وبين
ما هو خالص حق الله قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف في ادب القاضي
عن شريح وقال الصدر الشهيد في ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل فان قيل حبس باقامة شاهد عدل
ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للتهمه على ما ذكرنا لا للاستيثاق بخلاف
سائر الحقوق لانها لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط
باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبره المطلوب على اعطا الكفيل فيه كما
في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تبرع المدعا عليه باعطا الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص
وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل
ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم والحق الامام المحبوبي حد السرقه بحد القذف على المذهبين قال
ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان ش لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما اي
في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه اي يعرف الحاكم
كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمه اي لتهمه الفساد لا لاثبات المدعي لانه يحتاج الى حجه كاملة والتهمه
تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العداله لان الحبس للتهمه من باب دفع الفساد وهو من الديانات
والديانات تثبت باحد شطريها وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمه بخلاف
الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبه فيه فلا يثبت الا بحجه كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس
فيه اقصى عقوبه كما في الاموال اذا ثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفا لا يحبس فيه الا

بحجه

بحجه كامله وما كان اقصى العقوبه وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفا لا يحبس فيه الا بحجة
كاملة وما كان اقصى العقوبه فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل
او القطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوت للتهمه ولقايل ان يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت
المدعي بالحجه ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود
بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمه ويمكن ان يجاب بان يحمل قوله للتهمه على
ان المراد به اتهام الحاكم ايضا بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مامور به والترك والتهاون حرام
لافضايه الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه
الحاكم اتهم بانه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والانتفا عن امثاله مامور به فيحبس باحد
شطري الشهادة اذا اتهم المدعي عليه بالفساد دفعا للتهمه عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه
وسلم في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك ثم اذا اسمع الحجة
الكاملة يحتال للدرء هذا والله اعلم بالصواب وذكر في ادب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص
بشهادة الواحد عندهما لان اخذ الكفيل لما جاز عندهما يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقيل معنى
كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية
اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفا لا محالة قال والرهن
والكفالة جايزان في الخراج ش اورد هذه المسيلة ههنا دفعا لما عسى يتوهم ان اخذ الكفيل
عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلاة دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة يقتضي دينا مطالبا
مطلقا والخراج كذلك الا ترى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة
عنه وانما قيل مطلقا يعني في الحياة والممات احترازا عن الزكاة فانها يطالب بها اما في الاموال الظاهرة
فالمطالب هو الامام واما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب
بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة له استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله لانه
دين يطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح صح المطالبة به في الحياة والممات يصح
به الكفالة بالاستقرار ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله ممكن الاستيفا اشارة الى صحة
الرهن فانه يعتمد امكان الاستيفا لكونه توثيقا لجانب الاستيفا فيتم موجب العقد في الرهن
والكفالة عليه وقيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعد في قصد ذلك قال
ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ش تعدد الكفلا عن شخص واحد صحيح كفلوا جمله او على التعاقب
لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي ان يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الاصيل في المطالبة
بان يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابرا
الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع
الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق وما يزداد به الشي لا ينافيه البته فكان المقتضي لجوازه
موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانيه لم يبرا الاول لانا

جازان صح

بر

لانا انما صححناها لزيادة التوثق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص عما فرضناه زيادة لم يكن زيادة
هذا خلف باطل وقال ابن ابي ليلى برئ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني
فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهو بنا على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين
برئ المطلوب فلذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها
ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها برئ المحيل وذلك باطل ثم اذا
سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال واما الكفالة
بالمال فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة
سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه او بما يدركك
في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها
تبرع ابتدا فتحتمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد ان كانت متفقا في قوله
وعلى الكفالة بالدرك بفتح الرا وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة
الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع ولنا
الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بما لمجهول كالكفالة بالشجة
اي شجة كانت اذا كانت خطا فانها صحيحة وان كانت بمجهول لاختلاف الرواية والاختصار
وانما قيل خطا لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بالة جارحة فانها توجب
القصاص والكفالة به لا تصح والامر في ذلك كلامه لم يحتج الى التفسير وشرط ان يكون المكفول به
دينا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذي
له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفا
وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجيز نفسه وقيل لان المولى لا يجب له
على عبده شي فيطالبه به قال والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان يطالب الذي
عليه الاصل اي الدين وسمي الدين اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين
غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بنا على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراة عنه الا اذا شرطت البراة فتصير حوالة
اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا المحيل تكون كفالة فعلى هذا له ان يطالبهما جميعا
حالة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين اي الغاصب وغاصب الغاصب
فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك
اذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التمليك قال
ويجوز تعليق الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب
الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفا مثل ان يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه
او لتعذر الاستيفا مثل قوله اذا غاب عن البلدة او اذا مات ولم يدع شيئا او ان حل مالك عليه

من خط احترازا عما كان المكفول عنه مجهولا بان قال تكفلت بما بايعت احدا من الناس

ولم يواف به فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملائمة كقوله ان هبت الريح او جاء المطر
وقيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كالتعليق بهبوب الريح
واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام
علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجي بصواع الملك وكان نداؤه
بامر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار
وفيه بحث من وجهين احدهما ما قال بعض الفقهاء ان هذه الآية محمولة على بيان
الجعالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة له فهو كقول من ابق عبده من جا به فله عشرة
فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه
والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة
والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما امكن واجب
فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي للعير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم
بذلك فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فيتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية
امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما
بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة
المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز اصلا والثانية تمنع اذا كانت
الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب
ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف
البعير فلم يمنع مطلقا والثانية انما منعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة
الى المستقبل تأبى القياس جوازها على ما يأتي وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل
فيها اذا كان المكفول عنه معلوما فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقا
لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب
بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما تصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا
واذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة
المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق
لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقوله على ما يأتي قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما
اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجي المطر كذا لا يصح جعلهما اجلا للكفالة
وفي كلامه نظر من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة
مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره
وكذا لا يصح اذا جعلا والتعليق اما ان يكون على ما يصح هو التعليق او الكفالة ادام ذكرنا الثاني

والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله ولذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منها اجلا وانما يكون كذلك
لقوله بعد الا انه تصح الكفالة الثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل
مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس
بمستقيم لانها لا تبطل بالشرط المحض وهو اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام
نفي جعل الكفالة المعلقة بها والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا لعدم [illegible] نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة
والا يلغي الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق او التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه
والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الوقف ما يؤيده
ان كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح العقد هو الاجل وتقديره كما لا يصح التعليق
لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل
بمجاز القرينة قوله ويجب المال حالا ويعذره لان الكفالة لما صح تاجيلها باجل متعارف لم
تبطل بالاجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ومجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما
فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت
معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذا اذا ثبت بالبينة فيصح الضمان به وان لم
تقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه ينكر الزيادة وانما كان
القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر لغيره بمجهول وانما كان مع يمينه لان
من جعل القول قوله فانما كان لكونه خصما فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه
كالمدعى عليه بالمال [illegible] وبقوله لانه منكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اعترف
لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته
عليها كالمريض اذا اقر في مرض الموت يصح لوارثه في حق نفسه ولا يصح في حق غيره حتى لو العفو
حيث ينفذ قوله بعد الموت في حالة المرض [illegible] وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه
وبغير امره [illegible] الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امره بيان
في الحوالة لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وامثاله
لا يفصل بين كونها بامره او بغيره ولان الكفالة التزام المطالبة على الغير وذلك
تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وعن الضرر
ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة والمطلوب
لم يتضرر لما نفرضه من الرجوع عليه وذلك لا يلحق الا عند الامر فان لم يامر لم يتضرر ولا رجوع
فقد رضي والقياس لا يصح غير فاسد فيناسب ان الكفالة بنوعيها [illegible] المقتضي مع انتفاء المانع
وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره

ومن

ومن قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه
او عبدا كذلك وامر الكفيل اذا ادى لا يرجع على الصبي اصلا وعلى العبد ما دام رقيقا لان المراد
بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره ادّ عني زكاة مالي واطعم عني
عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على اني ضامن
لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع
لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا ادى رجع سواء كفل بامره او بغير امره
لان الطالب ما استفاد ملك المال من الكفيل او اقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل
والجواب ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بامره فتعيين الكفالة
كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى ادائه وهذا المكفول
عنه كفالته بغير امره قوله رجع بما ادى يعلم ان الكفيل يملك المكفول به في فصول منها
[illegible] الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس اخر
اما الفصل الاول فعلى نوعين احدهما ان يكون ادى ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه
مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما ادى [illegible] بدل ما ضمن من الجياد ويجوز
له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما ادى قال المصنف لانه ملك الدين
بالاداء فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل
منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول
عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو ان
يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه
بحث من وجهين احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم [illegible]
ذمته الى ذمة في المطالبة لا في الدين والثاني ان في الهبة والميراث المملوك واحد لا يتعدد وهو ما
ضمن واما في الاداء الخلاف ما ضمن فيتعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما لا تعدد
الرجوع به فيما تعدد اعني ما ادى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك
الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وههنا كذلك
انما يصح لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه وكله
بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني
ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة واما اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين

وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك ان يجعل الدين في ذمة
الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وامكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين
عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصحيحا وهذا يرشدك الى الفرق بين ابرا الدين وهبته له
في ان الابرا لا يرتد بالرد والهبة يرتد به فان الابرا اسقاط محض كالطلاق والعتاق تكفي صحة ثبوته
بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدور
التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل الدين لتصحيح التمليك والتمليك
يرتد بالرد فكما لو وهبه الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التشبيه انما هو
في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم لما نزل منزلته والطالب ليس له ان
يطالب الا بما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون
طالبه على رجل ليس له عليه دين وادى المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع
على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالادا فنزل منزلة الطالب قوله على ما ذكرنا في الحواله
قيل يريد به حوالة الكفاية المنتهي قوله بخلاف المامور بقضا الديون جواب عن قوله
الكفيل لا يرجع الا بما ادى بامر المكفول عنه وغيبته لا فرق بينه وبين المامور بقضا الديون
والمامور يرجع بما ادى فكذلك الكفيل وتوجهه ان يقال المامور بقضا الديون لم يجب له على
الامر شي حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالادا حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع
بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالادا فلا بد من اعتبارهما فلو ادى الزيوف عن الجياد يرجع
له ذلك رجع بها دون الجياد لان ادا المامور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم
يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا يقول له رجع بما ادى ما طلاقه فيه
تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين احدهما ان يصالحه على اقل
من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما ادى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان
ابراء فيما ورا بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما ذكرنا والثاني ان
يصالحه على جنس اخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسياتي تمامه ولیس للكفيل
ان يطالب المكفول عنه بالمال قوله الكفيل بالمال ليس له ان يطالب المكفول عنه
به قبل ان يودي عنه لان الموجب للمطالبة هو التمليك وهو لا يملكه قبل الادا فانتفى
الموجب بخلاف الوكيل بالشرا حيث يرجع قبل الادا لان الموجب قد وجد في حقه حيث
انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في

مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبايع والمبادلة توجب
الملك الموجب لجواز المطالبة قال فان لوزم بالمال ه اذا لوزم الكفيل بالمال
ان يلازم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه
في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره وقال
الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الادا وقلنا هو مورط
فعليه الخلاص فان ابري الطالب المكفول عنه او استوفى دينه بري الكفيل لانه ابرا الاصيل
وابرا الاصيل يستلزم ابرا الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابرا فلم تبق المطالبة
على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة
وقد انتهت بانتها علتها وقوله في الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ بوجوب اصل الدين
في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براة الاصيل لا يوجب براة
الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعلل بان الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط
الضمان عن الاصيل بالادا والابرا فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه
على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براة الاصيل توجب براة الكفيل منقوض
بما اذا شرط براة الاصيل في ابتدا الكفالة فان براة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براة الكفيل
قلنا لم ننقض في ذلك لانا قلنا ان براة الاصيل توجب براة الكفيل واذا اشترط براة الاصيل في ابتدا
الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي اذ ذاك محال عليه ولم نقل بان براة الاصيل توجب براة
المحال عليه وان ابرا الطالب الكفيل لم يبر الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط
المطالبة عنه لا توجب سقوط اصل الدين لان بقا الدين على الاصيل بدون الطالب او بدون
الكفيل جائز الا ترى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان اخر المطالب عن الاصيل
فهو تاخير عن كفيله وان اخر عن كفيله لم يكن تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابرا موقت لا سقاطه
المطالبة الى غاية فيعتبر بالابرا المويد ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل الا ترى ان
الكفيل لو رد الابرا المويد لم يرتد بالرد بل يثبت الابرا ويسقط عنه المطالبة ولو رد الابرا الموقت ارتد بالرد
ووجب عليه ادا ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار شي بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا
لانتفى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الاخر
وهو ما ذكروه ان الابرا المويد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد
مطالبه والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار واما الابرا الموقت فهو تاخير مطالبة ليس فيه
اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد قوله بخلاف ما اذا كفل يجوز ان يكون جواب

تمامه مكرر

دخل تحت قوله لانه لما تأخر عن الكفيل لا يكون تأخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال موجلا
الى شهر فانه يكون تأخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير
لاصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتدا الكفالة ولم يكن حق للطالب سوى الدين لان
المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيره وان كان تأخيرا لاصل الدين وهو
في ذمة الاصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعا اما هاهنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة فانما كان
لتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير اصل الدين قال فان صالح الكفيل
رب المال الخ مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين عنه على اربعة اوجه
لانه اما ان يشترط براءتهما جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة الكفيل خاصة او لم
يشترط شيء وقال في الاول والثاني برئا جميعا وفي الثالث برئ الكفيل
عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع
دينه من الاصيل وان شاء اخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل
على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب
ان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعا
عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل
سوى المطالبة فبرئ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم برئا جميعا
عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه اوفى هذا القدر بامره
ولو قال ابما صالحتك عما استوجبت بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين فيأخذ
الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل
بما ادى وصالحته اياه بخلاف الجنس تمليك لاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف
واعترض بانه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بانه جعل
الدين في ذمة الكفيل لتصحيح الاداء بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين
ويكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل
بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربوا
فبقي الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ
عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا قال
ومن قال لكفيل ضمن له بمال الخ ذكر هاهنا ثلاث مسائل يتعلق بالابراء احدها ما ذكر فيه
ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب والثانية ان يذكر ابتداؤها من الطالب
والثالثة بالعكس فالاولى ان يقول للكفيل ضمن له بامره بمال قد برئت الي من المال وفيها يرجع
الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراءة التي يكون ابتداؤها من المطلوب الى الكفيل وانتهاؤها

الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فكان بمنزلة ان يقول دفعت الي المال او قبضته منك
وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل
على الاصيل والثانية ان يقول ابرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين
ان يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ لا ينتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون
اقرارا بالايفاء وهاتان بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف
فيه قال محمد رحمه الله هو مثل ان يقول ابرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء والثانية
ادناهما فيثبت قوله ولا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا اخر وتوجيهه ان يقال تيقنا
حصول البراءة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل وان
كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف هو مثل ان يقول برئت الي لانه اقر ببراءة
ابتداؤها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه
على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الايفاء لانه يضع المال بين يدي
الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع فاما البراءة بالابراء
فلا يوجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل ابو حنيفة رحمه الله مع ابي يوسف في هذه المسئلة وكان المصنف
اختاره فاخره وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا
يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة واعترض بوجهين
احدهما هو ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان المجمل وقد ظهر مما ذكر ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل
التوقف قبل البيان وهاهنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجملا مع
انتفاء لازمه واجيب بان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفاء الكفيل وقبض الطالب من
حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت الي لاني ابرأتك وان كان
بعيدا عن الاستعمال وما ذكروه في تعليل الاوجه الثلاثة استدلالي لا صريح في الايفاء وغير الايفاء فكان العمل
به عند العجز عن العمل بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال
وان كان واضحا في دلالته على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل
والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا نظر بل
لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل الاصطلاحي وان كان المراد به المجمل اللغوي وهو ما كان فيه ابهام فالخطب
اذن يهون هو ما قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفالة بالشرط
مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك
كما في ساير البراءات والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض وقيد بالكفيل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك
به غدا فانا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بما
المكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة

دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد بالابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسألة المنقولة من الايضاح فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الا يرى ان صاحب الدين اذا قال عجل خمسمائة على ان ابرأتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله

قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص ذكر ضابطا لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب وحز الرقبة ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد او القصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر اذ الوجوب عليه اما ان يكون اصالة والفرض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود لمثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المنهتكين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود واما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت اصلا لا محالة والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى فانه لم يرو احد من اهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع قال واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة غير مضمون كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما ان تكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا بالغير وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي بدله لانه مضمون بالغير وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها امانة ويجوز بالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك انه يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله لان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها

الديون

الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان وقلنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا القيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبة فلا يتصور الكفالة وان كان الثاني اعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده متى قضى الدين ولعل محمله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن هلك بالاقل من الرهن ومن الدين وان كان بمقدار الدين او زاد عليه والزيادة عليه بالنسبة كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمها لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستأجر تصح الكفالة اذا هلك وجب تسليمه الى المستأجر كمن استأجر دابة وعجل الاجرة ولم يقبضها وكفل له بذلك انسان صحت الكفالة والكفيل مواخذ بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجرة والكفيل ما كفل بها وترك المصنف ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازها وأظنه تابع شمس الائمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر فان شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل العلة عدم اطلاع على رواية اقوى من ذلك فاختارها قوله لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة الى ان ما لم يكن واجب التسليم والا يكون كما فصلناه قوله ومن استأجر دابة للحمل اعلم ان من استأجر ابلا بعينها للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم انفا وان استأجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل لم تصح قال المصنف لانه اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على الدابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وذكر في الايضاح جوابا للشافعي وهو قوله تسليم التركة مقصور في الاعيان المضمونة في الجملة يصح التزامه لان ما يلزمه بفعله يعني فيه النصور غير دافع لان تسليم التركة غير متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم يصح لما بينا انه عاجز عما كفل به قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف الاول وقال

اخرا تجوز اذا اجاز حتى لو بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل اي نسخ كفالة المبسوط
وقد تبين لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واختلفوا لوجوه في بعضها
دون بعض يدل على ترك في بعض او زيادة في لفظ وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف تجوز
لم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الاخر وعلى هذا
تجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في
الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف رحمه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الاجازة
انه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر
فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب
سابق والاخبار يتم بالمخبر والنذر للعبادات ومن له العبادات لا يشترط قبوله
لعدم العلم به ولهما في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح
وهو ان يجعل كلامه كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في التوقف على احد
ومنع عدم الضرر يجوز ان يرفع الامر للقاضي فيرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب
بعض العلماء فيلزم الكفالة اذا صحت براءة الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما ان في
عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول
والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي
توقف على اجازته لوجود شطريه قال الا في مسئلة واحدة هذا استثناء من قوله
لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا تصح ذلك عندهما الا في مسئلة واحدة
استحسانا والقياس عدمها لما مر لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله
ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم يصح فكذا المريض وللاستحسان وجهان
احدهما ان يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال اوف عني
ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد يعدم ان جهالة
المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما يصح هذه الكفالة اذا كان له مال
عند الموت تصحيحا لمعنى الوصية واذا كان من معناها انه لا يتوقف القبول في المجلس شرطا
فيه في كلام المصنف تسامح لانه في معنى الوصية واذا كان في معناها لا انه وصية من كل وجه
لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا
يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة
تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يؤول الى معنى
اخر وحينئذ لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة والثاني ان يقال
ان المريض قايم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه بوجود ما يقتضيه من تفريغ
المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما يتا فيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد

الواحد

حضر

حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره
ليس بمحل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا اجاب المصنف رحمه الله
بقوله وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل
عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى حالته التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل
لامراة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت وظاهر
قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله
بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكونا مسلكين في هذه المسئلة قال
ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه اذا قال المريض لاجنبي تكفل
عني بما علي من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فمنهم من قال لم يصح ذلك لان
الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح
في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول
له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى
دينه بامره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قايما مقام الطالب لتضيق
الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس او
على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الاخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول
له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال واذا
مات الرجل وعليه ديون اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فتكفل عنه
بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا لم تصح الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي صحيحة
وهو قول الايمة الثلثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة
هذا شانها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما قلنا تكفل بدين صحيح ثابت لان كونه
دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الاخرة لا كلام في
ثبوته وبقائه في حق احكام الاخرة واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق
الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي الا بابراء من له الحق او باداء من عليه او بفسخ سبب الوجوب
والمفروض عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في
حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدنيا لما حل لصاحبه
الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل او له مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على ان الموت
لم يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء الثمن لم
يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس
في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين
باق عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة
وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه او بخلفه وقد انتفت ما انتفاهما فانتفى الدين

ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود والغاية الحاصلة منه هو
فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلاة
واجبه والوصف بالوجوب حقيقه انما هو في الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض
بالعرض وهو غير جايز باتفاق متكلمي اهل السنه فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقدير في
باب صفة الحسن للمامور به وان قلت فقد يقال المال واجب اجاب المصنف بقوله
لكنه اي الدين في الحكم مال لان تحقق ذلك الفعل في الخارج لعس الا بتمليك طايفه من المال
فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤول اليه في المال فكان وصفا مجازيا فان
قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبه منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه
لان كفل عن عبد محجور اقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبه في حالة الرق قلنا غلط بعدم
التفرقه بين ذمة صالحه بوجوب الحق عليها ضعفت بالرق عليها وبين ذمه خربت بالموت
ولم يبق اهلا للوجوب عليها وهذا التقدير كما ترى يشير الى ان المصنف ذكر دليل ابي حنيفة
بطريق المعارضة ولو اخرجه الى سبيل الممانعه بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو
ساقط وبذكر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان احق في وجوه النظر على ما لا يخفى على
المحصلين وتنبه لهذه النكته واستغن عن اعادتها في ما هو نظيره فيما سياتي قوله والتبرع
لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين
فان من قال لفلان على الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين
اصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت خرج من قام به عن المحليه
واذا كان باقيا في حق المستحق حل له ان ياخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع
بموت المشتري مفلسا لبقايه في حق البايع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل
فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان المالية قد بطل في حق المشتري فلذلك
انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا يستثنى اذا كان به كفيل او له مال
وبيانه ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر او بخلفه واذا كان به كفيل او له مال فان انتفى
القادر فخلفه وهو الكفيل او المال في حق بقاء الدين باق وقوله او الافضاء على ما هو السماع ه
وعليه اكثر النسخ تنزل وكانه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء بوجودهما
باق بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام لف ونشر وتقديره فخلفه وهو الكفيل او الافضاء
اي ما يفضي الى الاداء وهو المال باق وعلى هذا يشترط في القدرة اما نفس القادر او خلفه او
يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الافضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه وعلى هذا يكون
تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله نحن بما عندنا وانت بما عندك
راض والراي مختلف ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجا الاداء منهما باق
فان الخلف ما به يحصل كفاية امر الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من
التكلف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدل الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم

الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة
انصاري ليصلي عليه فقال عليه السلام هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان او دينا
فامتنع عن الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة رضي الله عنهما على
اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه
ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب ابي
حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام
في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم او لا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من
علي او ابي قتادة اقرارا بكفالة سابقه فان لفظ الاقرار والانشا فيها سواء ولا عموم لحكاية الحال
ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي انه عليه السلام كان
يقول لعلي رضي الله عنه ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الان بردت
عليه جلدته ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق ان من قال بان الكفالة
ضم ذمه الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاحده
متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمه المعلومة موجوده والله اعلم قال ومن
كفل عن رجل بالف ه رجل كفل عن رجل بامره بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف
قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضا بان دفع
المال اليه وقال اني لا امن ان ياخذ الطالب منك حقه فخذها قبل ان تؤدي فقبضه
او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الي الطالب فان
كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع وانثه باعتبار الدراهم
لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضايه الدين فما لم يبطل هذا الا
باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز
الاسترداد فيه ما دام باقيا لئلا يكون سعيا في نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكاة
ودفعها الى الساعي فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة
بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره
وان كان الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمودي حق الطالب والمطلوب
يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لا يملكه لانه محض في يده امانه فان تصرف الكفيل
فيما قبضه على وجه الاقتضا وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه
والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محاله وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضا الدين اما
اما ان حصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول وظاهر لانه قبض ما وجب له فيملكه
من حين قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول
عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهايه وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا
للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل

موجل الى وقت الادا من حيث انه يعتبر مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الا ما بعد الادا ولهذا لو اخذ
الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين موجل ولو ابرا الكفيل الاصيل قبل الادا
اي الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على
الاصيل قال كذا ذكره الامام قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارات الكتاب
ظاهرا والمسايل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة فانه على هذا التقرير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب
للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل اخرت الى وقت
الادا فلما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين الموجل ولهذا اي لكونه نازلا
منزلته لو ابرا الكفيل المطلوب قبل ادايه صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه والى هذا ذهب
بعض الشارحين وجعل ضمير علته للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعنى حالة اي
الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة
وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين الموجل وملكه ما قبض بمجرد ما له
من المطالبة مع ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له المطالبة
ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه بانه وجب للكفيل على المكفول عنه
الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ اضافة علته بمنزلته وما تقدم ان
الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة
واما الذي يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب
عند الكفالة دينين وثلث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط
له على الكفيل بنا على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان
المطالبة تتاخر الى وقت الادا فيكون دين الكفيل موجلا وليس له ان يطالبه قبل الادا كما تقدم
فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين الموجل وهو موجل قلنا معناه نزل منزلة دين موجل
لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا ههنا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب
الا ان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضا وقد ادى الاصيل
الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة بينه في مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين
وقد قررناه في البيوع في اخر فصل احكام البيع الفاسد واما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا
في قولهم جميعا واذا اتجر فيه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه من اصل خبيث
وفي قول ابي يوسف رحمه الله يطيب لان الخراج بالضمان اصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح
فانه على الاختلاف قال ولو كانت الكفالة بكر حنطة مما مر ان حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا
كانت الكفالة فيما يتعين كالكر من حنطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل ان يؤدي الى الطالب وباعها
جنبها وربح فالربح له في القضاء لما بينا انه ملكه قال ابو حنيفة واحب الي ان يرده على الذي قضاه

يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية
كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما
انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة انه تمكن الخبث
مع الملك لاحد الوجهين اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير ان يقضي الكر بنفسه
وان كان لذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يقر وان لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر
ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث واما لانه رضي به اي يكون
المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضايه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه
الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى اول الكلام وتقريره
تمكن الخبث مع الملك وكل خبث يمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكر
لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث
لحقه اي لحق الذي قضاه فاذا رد اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحبابا
لا جبرا فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه
ان يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه لهذا اذا قبضه على وجه الاقتضا واذا قبضه على وجه
الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف
يطيب قال ومن كفل عن رجل بالف عليه اذا امر الاصيل الكفيل ان يتعامل انسانا بطريق العينة
وتفسير العينة ان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر
مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالمشتري واقع
له والربح الذي ربحه البايع عليه لا على الاصيل وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى
العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان الكرخي
والمجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك
والا لكان المرابحة مكروهة وانما لزم الربح الكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل
نظرا الى قوله على انه كفالة ضمان لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما تصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران
ليس بمضمون على احد فلا يصح فيما اذا قال لاخر بع متاعك في هذا السوق على ان كل وضيعة او خسران
يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعين يعني اشترلي حريرا
بعلته ثم بعه في السوق باقل منه واقض دينى وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار
والثمن لذلك فان قدر الدين معلوم والماخوذ به هو مقدار فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله
لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن واذا فسدت الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري
وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد من الناس من صور العينة صورا اخر

لهذا صح

لأنه صح ربح

المشتري صح

وهو لم يحصل للمقرض والمستقرض بلبتها بالبائع والصورة التي ذكرها في الكتاب فليبيع صاحب الثوب الثوب
ثاني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب
من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسط بثالث
احترازا عن شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا
وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر
عليكم عدوكم وقيل واياكم والعينة فانها لعينة قال ـــــ ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه
رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل
ان له على المكفول عنه الف درهم لم يقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى
ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها المكفول به وذلك لان المكفول به اما مال مقضي به على الاصيل
لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر وجب
والتقرر انما هو بالقضا والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به يجعل لفظ الماضي
بمعنى المستقبل كقوله اطال الله بقاك فهو وان كان ضعيفا لان اراده معنى المستقبل من لفظ الماضي
خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة يتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لاطلاقها وتقييد المكفول به
حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام
على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا الى تعليل هذه المسالة الى ان
المكفول به مال قضي او يقضى به بعد الكفالة والمدعي يدعي مطلقا فيحتمل ان يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا
يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك
صحيح لان المكفول به اما مال مقضي ولم يدعه او مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه
قضا على الغايب فلا يكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه
بامره قضي به على الحاضر والغايب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضي به على الحاضر خاصة وههنا تحتاج
الى ثلثة فروق ذكر المصنف منها اثنين احدها ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا
مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة
لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك
بما ذاب لك عليه او ما قضي لك عليه ولكن ليس لك عليه شي لم يلزمه شي من المال وههنا لو قال
كفلت لك عنه بالف درهم لكن ليس لك شي لم يلتفت اليه والاخر الفرق بين الكفالة بامر وبينها بغير
امره مع ان القضا على الغايب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في ان لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل
بين ان يكون بامر او بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتدا
ومعاوضة انتها وبغير امره تبرع ابتدا وانتها وكل ما كان كذلك فهما متغايران لا محالة واذا ثبت ذلك فدعوى
احدهما لا يقضى له بالاخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا ترى انه لو ادعى الملك بالشرى
لا يجوز له القضا بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى الكفالة بالامر وقضي بالكفالة بالامر

ومتى اقام بينة صح

او يقضى به صح

المدعي صح

ببينة

ببينة ثبت امره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغايب بعد ذلك
لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا حضر ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغايب اذ ليس من ضرورة
وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه اي الشان ان صحة الكفالة بغير امر يعتمد قيام الدين
في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب
على الاصيل شي فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة
وبين ما اذا ابهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر واقام على ذلك بينة
ان له على الغايب الف درهم كان له قبل الكفالة فانه يقضي بها على الكفيل والاصيل سوا ادعى الكفالة
بامره او بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغايب اذا لم يمكن اثبات ما يدعي على الحاضر الا باثبات
ما يدعي على الغايب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضا عليه بدون القضا على الاصيل لانه معلوم بنفسه
ومعروف بذاته واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يدل على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعر
انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبته المدعي
وسياتي تمام ذلك قوله وفي الكفالة بامر يجوز ان يكون فرقا اخر بين اذا اقام البينة على الكفالة بامره وبين
ما اذا اقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبتت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما ادى
على الاصيل فكذا اذا ثبت بالبينة وقال زفر لما انكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب ظلمه والمظلوم
لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كمن اشترى شيا واقر بان
البايع باع ملك نفسه ثم جا انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البايع بالثمن لان
لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد
ما انكر العيب به ثم اراد ان يرده على بايعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل
زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب ـــــ بانه انما لم يكن له ان يرده
على بايعه لان قوله لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند
البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا قال ـــــ
ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك ـــــ ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة
على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار
ملك البايع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا يسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون مشروطة
في البيع او لا فان كان الاول وهو شرط ملايم للعقد اذ الدرك يثبت بلا شرط فكفالته والشرط تزيده وكادة
فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكانه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض
ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم
من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا
في نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك
فهي نسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال ان لا يرغب
المشتري في شرا المبيع مخافة الاستحقاق فيتكفل تسكينا لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار فانها

بل

فانها ملك البايع فان ادركك درك فانا ضامن وذلك لقرار ملك البايع ومن لقى بملك البايع لا يسمع دعواه بعد ذلك
وانما كان نزل منزله الاقرار لانه يول اليه في المعنى قال ولو شهد وختم له ولو شهد الشاهد على
بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه
حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الايمة الحلواني جاز تكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه
حملوا قوله وختم وجمع الفاتحا بعيدا عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان
يكون فيه ختم او لا فان ادعى لنفسه يسمع دعواه ويقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة
في البيع لعدم الملائمة ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة على انه
باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم
قال حتى لو كان ذكر انه باع لو على البيع لا يملك تسليما محمول على ما اذا كتب في الصك ما يوجب صحة البيع
ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهدا على ذلك وكتب شهد فلان
البيع او جرى البيع بشهدي واما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا او هو ملكه
وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا يصح دعواه الا ان شهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم
ولو كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ قال فصل في الضمان ومن باع لرجل ثوبا
الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسايل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها
لتغاير في اللفظ واعلم ان كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به من ثمن وبكل حلا
ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال
لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض
للوكيل بحكم الاصالة في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري ما
للموكل عليه شي كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شي كان حانثا وكذلك المضارب واذا كان كذلك فلو
صح الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه امر
اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان المال امانة في ايدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين
فما فرضناه امينا لم يكن امينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه الى
الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير تقريرا تاما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانها
لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك ولقايل ان يقول الوكالة ما تثبت الا انها مشروعة والكفالة كذلك
فلم لا يجوز ان يكون المال امانة بايديهما اذا لم يضمنا فاذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان وتحول
من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بالف ثم باع بالف وخمسماية والجواب ان رفع الامانة انما يكون ببطلان
الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة
الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز ان تصح على وجه يبطل به اصلها بخلاف مسيلة البيع
فان الثاني ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من
الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شايعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح في
نصيبه مفرزا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك انما يكون حسا

او بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوايد الظهيريه في تعليله لان ما يستحق
بنصيب احدهما للاخر ان يشاركه فيه اذا كان ما لا بد ليل ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيا كان للاخر ولاية
المشاركة ولو صح الضمان فما يوديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك
فاذا رجع بطل حكم الادا في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف
الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شي فهذا معنى قول مشايخنا انه يجوز هذا الضمان ابتدا لابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه
ابتدا او لا معنى لما قيل في تعليل هذه المسايل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او بنصف هو نصيب شريكه
ان الضمان يضاف الى شريكه فكيف يصح شايعا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى
لهذا ايضا لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة وكذا اذا
ضمن احدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع
بطل حكم الادا في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يتم ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما ادى وهو ممنوع بل هو من
حيث انه استوفى ما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف
الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبار نصف
شايع في كل جزء من اجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض افراده لا تعلق له في الباقي من الافراد ولا خفاء في احتمال
وتغايرهما فترك ذلك نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع الى اخره يجاب عنه بانه انما لم يلزم
القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للاخر ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين
بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم ضمن احدهما للاخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب
الاخر لانه لا شركة ثمه لانها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب
احدهما اذا انتقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال ومن ضمن عن اخر خراجه
ونوايبه وقسمته فهو جايز له الضمان عن الخراج والنوايب والقسمة جايز اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن
والكفالة جايزان في الخراج قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما
يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في
هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة وذكر المصنف رحمه الله فرقا اخر بقوله وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل
اذ الواجب فيها تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شي والمال الته ولهذا لا تودي بعد موته الا بالوصية واما
النوايب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككري الانهار المشتركة واجر الحارس للمحلة وما
وظف الامام لتجهيز الجيش وفدا الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فدا اسرى المسلمين
ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس كذلك والضمان فيه جايز بالاتفاق لوجوب ادايه على كل مسلم اوجبه
الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي ياخذها الظلمة
في زماننا ظلما كالتجر ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على
الاصيل شرعا ولا شي عليه شرعا ههنا وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه الامام البزدوي يريد فخر الاسلام
رحمه الله ان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام واما النوايب فهي ما يلحقه من جهة السلطان
من حق او باطل او غير ذلك فيما ينوبه صحت الكفالة بها لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة

للمطالبة بها والمطالبة بها والعبرة شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة الذي ياخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا اذا امره به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناها ان احد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمة بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكرها بالواو للبيان من باب العطف للتفسير او حصته منها اي من النوائب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة كمؤونة كري النهر المشترك فاصاب واحدا شيء من ذلك فيجب اداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي ان يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فاشار المصنف رحمه الله على ان الرواية باو على تقدير ان يكون القسمة حصة من النوائب ان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل او واما اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو لما مر وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب قيل وممن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق قال ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي الضامن وروي عن ابي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة واجيب بان الاعتبار فاسد لان الاجل في الدين عارض كما سياتي ولابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة اعتبارا بالاقرار بالدين واجيب بما اجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فيعتبر به الا انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الى اجل فكان ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا اثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما يذكر

وان

وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا منافضة قوله ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت الا بالشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة لان ثمن البياعات اذا كان موجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة متنوعا له كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المآخذ واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بالشرط كان القول قول من انكر مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقرارا بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والعكس للناسخ ولعله اظهر قال ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم ياخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع ان يوخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف في الامالي له ان ياخذ الكفيل قبل ان يقضي على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية بمجرد القضاء بها ثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينها وبين الاستحقاق اجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله ان شاء وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا للترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا اخذ ما املى ابو يوسف بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف وزياداته من تصنيف ابي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهده

لعوالمشهور من مذهبهم الشارحين وحمل عل الرواية عن كلا واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ صح

قال الضمان باطل ذكر ههنا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك
وهو صحيح بالاتفاق والثالث ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاول فلان هذه اللفظة مشتبهة
لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس
بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد
وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند
الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاث ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك
وجه يجوز الحمل عليه فصار مبهما فتعذر العمل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فلان العرف
فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به واما الثالث فابو حنيفة رحمه الله
قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتعذر وهو التزام ما لا يقدر
على الوفاء به لانه اذا ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق او حرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر
على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم
الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واحتج بان فراغ الذمة اصل فلا تشتغل بالشك
والاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه بان ابا حنيفة وابا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما ادرك
فلانا من درك فعلى فلان خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا
اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن
تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن مجازا اشتهر امره معتمدو وبلاغة التركيب
باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف رحمه الله وذكر الصدر الشهيد
في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد
وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة ايضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية
واما ضمان العهدة فقد ذكر هنا اي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا
ان عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكر المصنف فكأنه اعتمد على ما
في الجامع الصغير من ذكر بطلانه من غير ذكر خلاف والله اعلم

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخره وضعا ليناسب الوضع الطبع قال
اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه اه اذا اشترى الرجلان عبدا بالف
فالثمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى
يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف
الاخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف كفيلا فما ادى الى تمام النصف كان عما عليه
بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كالمشتري ثوبا وعشرة دراهم بعشرة دين وقد تفرقا في المجلس عمل
جعل المنقود ثمن الصرف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصالة

لمسائل الاثنين

اقوى

اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لا تثبت الا بناء على الدين فان
المطالبة بالدين بدون الدين غير متصور فلا يعارضه بل يترجح الدين عليها وينصرف المصروف
اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة لانه لم يكن عليه فيها بحق الاصالة شيء فتلغى
المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون احدهما راجحا لا لانتفائه
قوله ولانه دليل آخر على ذلك اورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعي وهو الرجوع على
صاحبه مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف
عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لكن ليس لصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور
فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداء نائبه كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى
يقول له انت اديته عني بامري فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسي كان لي ان اجعل المؤدى عنك فان
رجعت علي وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان ذلك الذي اديته عني هو ادائي
في الحكم التقدير ولو اديت حقيقة رجعت عليك ففي التقدير اذا كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال
فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع
الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس
على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد
منهما كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة
عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل ولقوي على
الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفالة مطالبة فيصح الكفالة
عن الكفيل كما يصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله يعني المسألة
في الصحيح وكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى او كثيرا لان ما ادى احدهما
وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف
راجحة بعد صورة المعارضة بينها وبين الكفالة واذا وقع شائعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي
الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الآخر
عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بالشراء
بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح
لتناسب الفروع المبنية على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه
والآخر بنائبه ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما قال وان شاء
يعني من ادى منهما شيئا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره ولو كان احدهما
كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر

ما يجمع لان ابرا الكفيل لا يوجب براة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكله على ما بينا

من قوله لئن يكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا ما خلو به وهو ظاهر قال واذا افترق المتفاوضان

فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين ش اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه

ان ياخذوا ايهما شاؤا بجميع ذلك فان ادى احدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشي حتى يزيد المودي على

النصف فيرجع بالزيادة لانهما معقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وقد كان للغرما ان يطالبوا

ايهما شاؤا بجميع الدين لان الكفالة ثبتت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فاذا

طلبوا احدهما واخذ والدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يودي اكثر من النصف لما مر من الوجهين

في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة واذا كوتب العبدان كتابة واحدة

بان قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا فكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا

والقياس خلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما

على انفراده باطل فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة

تبرع والمكاتب لا يملكه واما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من انها ليست دينا صحيحا وبدل

الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه

ويكون عتقهما معلقا باداية اي باداء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر

ولهذا لو لم يجعل كل واحد منهما كفيلا بالالف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم

اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيدها واما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما

تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحها بهذا الطريق واذا عرفت ذلك عرفت استواءهما في الوجوب

عليهما لاستوائهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما

ما لم يود جميع البدل فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل اولم

يرجع لشي لعدم المساواة ولو لم يوديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما صح العتق لمصادفته

العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة

فيسقط النصف ويبقى النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتيهما حتى يكون موزعا

منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى عن

موضعها واذا اعتق استغنى عنه واعتبر المقابلة فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف

دعوى صح فانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يصح الرجوع ما لم يزد

المودي على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب بان الرجوع بنصف ما ادى انما هو للتحرز

عن تفرق الصفقة على المولى لان المودي لو وقع عن المودي على الخصوص يؤدي باداية عتقه

وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما ان يوديا جميعا

ولعجزهما

ولعجزهما جميعا فكان في التحصيل اضرار بالمولى بتفريق الصفقة فاوقعنا المودي عنهما جميعا واذا

بقي النصف على الاخر فللمولى ان ياخذ بذلك ايهما شاء اما المعتق فبالكفالة واما صاحبه فبالاصالة قيل

اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة واجابوا بان كل واحد منهما كان

مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت

فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى لانه اداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشي

لانه ادى عن نفسه باب كفالة العبد وعنه وحق هذا الباب التاخير لان العبد متاخر

عن الحر لان الاصل في بني ادم هو الحرية والرق عارض بسببه ينقص بعدم كفالة العبد

في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وعنه ما فيه قال ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه

حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير

وهي قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه

حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غيره حالا الى عبارته في الكتاب لان عبارته تحتاج

الى تاويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا

لقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالا فاستهلكه

فانه لا يواخذ به للحال بل بعد الاعتاق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عبارته في الكتاب

وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج الى شي لتناوله

ما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطي امراة بشبهة

بغير اذن المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه لا يواخذ بذلك كله للحال اما صحة الكفالة في هذه

الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل منعقد والتسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون

سواء كانت في ذمة المليء او المفلس واما كونه حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال

لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع

ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير

معسر فيجب العمل بالمقتضي كالكفالة عن غائب يصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب

عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ الكفيل به في الحال وان كان

في حق الاصيل متاخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يوخذ من العبد الا بعد العتق فلم يجعل هذا

بمنزلة دين موجل حتى لا يوخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين الموجل

لانه متاخر بموخر يعني ان الدين ثمة تاخر عن الاصيل بموخر اي امر يوجب التاخير وهو التاجيل لا بمانع

يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه موجلا ثم اذا ادى الكفيل رجع على

العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال

ومن ادعى على عبد مالا الكفالة بالنفس لا يتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا

فان بموته يبرا الكفيل لبراة الاصيل كما لو كان حرا وذكر هذه المسالة تمهيدا للتي بعدها وليبان الفرق بينهما

فان ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له

ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب

ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد استقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق الكفيل بخلاف الاول لان الضمان الاول لان محل الرد قائم وهو العبد فلا فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله وانما قيد باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت الملك له باقوله وكذا بالاقرار او بنكوله عن اليمين حيث تقضي بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل قال وان كفل العبد عن مولاه بامره اذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه لا يرجع اما لان يكون عليه دين مستغرق اولا فان كان الاول لم تصح كفالته لحق الغرماء ولان كان باذن المولى ولئن كان الثاني صحت اذا كانت بامره لان ماليته لمولاه فله ان يشغلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا كفل المولى عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس او المال مديونا كان العبد او غير مديون واذا صحت الكفالة وادى العبد ما كفل به بعد عتقه او ادى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر متحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا ينقلب موجبه ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز ان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بالبينة لذلك ونوقض بان الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع ان العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه مغالطة فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت انما يستوجب دينا لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا يجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حرا وعبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه ايضا غير بدل الكتابة اما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب على عبده شيئا والمال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر اي ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لان لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر جاز ان يسقط بالعجز اضطرار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد يكون هزؤا ولعبا قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر الدين ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء قوله ولا يمكن اثباته دليل آخر على المدعى وهو صحة الكفالة ببدل الكتابة ولقوي لو الكفالة لو صحت فلا يخلو اما ان يكون ثبوته على الكفيل على الوجه ثبوته على الاصيل وهو لا يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما اما الاول فلان الاصيل يعجز نفسه برد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة يتحقق معنى الضم وفيه الزيادة على الملتزم الامر لان الدين لو كان على الاصيل موجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة

المطلقة

المطلقة ولو كان جيدا او زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو الزمناه مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لابتنائه عليها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية كمال الكتابة في عدم جواز الكفالة به للمولى على قول ابي حنيفة لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي لان المستسعى في احكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج الاربع وتصنيف الحدود وغيرها وعلى قولهما يصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقرا للسقوط بالتعجيز والعجز في السعاية لا يتحقق فكان كالحر المديون والله اعلم

باب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان في كل منهما التزاما لما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعمال كل منهما للاخر اذا اشترط موجب احديهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه اخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تعقب الكفالة فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به واما شرطها فسنذكره في اثناء الكلام وكذا احكامها وانواعها قال وهي جائزة بالديون الحوالة جائزة بالديون دون الاعيان اما الجواز فبدليله النقل والعقل اما الاول فما روى ابو داود في السنن وقال ثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعدما روى الحديث باسناده الى ابي هريرة حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل امر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مامورا به من الشارع فدل على جوازها واما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة واما اختصاصها بالديون فلانها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة تظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه واما العين اذا كان في محل محسوس فلا يمكن ان يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال وتصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه شرط صحة الحوالة رضى المحتال لان الدين حقه وهو الذي ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل العلم واما رضى المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك واحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط رضاه بالاجماع وقلنا انه الزام الدين

~~ولا لزوم بدون الالتزام ... الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون التزام لان الحاكم الزم لا التزام~~
~~لان الحق المحيل عليه ... تحويله بنفسه وبغيره كالوكيل في الاستيفاء واما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه~~

بالاجماع وقلنا انه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا بقال الزام الحاكم بالبينه على المنكر الزام بدون التزام لان الحكم اظهار للالتزام لا الزام واما رضى المحيل فقد شرطه القدورى وعيسى بن ابان لان ذوى المروات قد يانفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلابد من رضاهم وذكر فى الزيادات ان الحواله تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع عليه اذ لم يكن بامره قيل وعلى هذا يكون فايده اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر فى القدورى ان يكون للمحيل على المحال عليه دين فتقيد ما تقيد الحواله فانها حينئذ يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا يصح الا برضاه والظاهر ان الحواله قد تكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحال عليه والاول احاله وهى فعل اختيارى لا يتصور بدون الارادة والرضى وهو وجه روايه القدورى والثانى احتيال يتم بدون اراده المحيل بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه روايه الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الايمه الثلثه بنا على ان ايفا الحق حقه فله ايفاوه من حيث شا من غير قسر عليه بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بنا على روايه الزيادات ليس على ما ينبغى قال واذا تمت الحواله برى المحيل من الدين بالقبول اذا تمت الحواله بركنها وشرطها كان حكمها براة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحواله والمراد به رضى من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى انها توجب براة ذمة المحيل عن المطالبه والدين جميعا ومنهم من ذهب الى انها توجب البراة عن المطالبه ومنشا ذلك ذكر محمد رحمه الله احكاما تدل على القولين فما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد الحواله لا تصح هبته وابراوه ولو بقى الدين فى ذمته وجب ان يصح ولو ابرا المحال عليه او وهب الدين منه صح وهذا يقتضى تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراة المحيل عنه وما يدل على الثانى ان المحتال اذا ابرا المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كابرا الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرا المحيل قبل الحواله والاصيل فى الكفاله فان الابرا حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد مال المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحواله يكون المحيل متبرعا فى نقد المال كاجنبى والاجنبى اذا تبرع بقضا الدين لا يجبر رب المال على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانها تصرف فى تحويل الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول ابى يوسف والثانى قول محمد والفايده تظهر فى الرهن اذا احال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند ابى يوسف يسترده كما لو ابرا عن الدين وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن وفيما اذا ابرا الطالب المحيل بعد الحواله عند ابى يوسف لا يصح لبراته بالحواله وعند محمد يصح لبقا الدين فى ذمته اذ المتحول بها هو المطالبه لا غير لا ينقاله ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراة عن الدين دون المطالبه حيث لم يتعرض لذكرها لان انتفا الدين بلا مطالبه يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبه لاستلزامها اياه وقال زفر رحمه الله لا يبرا لان الحواله كالكفاله لان كل واحد منهما عقد توثق وفى الكفاله لا يبرا فكذا فى الحواله وقال ابن ابى ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمهما الله

الكفالة كالحواله لما ذكرنا وفى الحواله يبرا فكذا فى الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم الاخر لغه فان الحوالة للنقل لغه ومنه حواله الغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفاله فللضم وهو يقتضى بقا ما يضم اليه والاصل موافقه الاحكام الشرعيه للمعانى اللغويه واعترض بالحوالة بغير امر المحيل فانها حواله صحيحة كاسرو لا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالى والجواب انا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد ادا الدين ظاهر التحقق ولهذا لا يبقى على المحيل شى قوله والتوثق باختيار الاملى جواب لزفر وتقريره سلمنا ان كل واحد منهما عقد توثق لكن براه المحيل لا ينافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملى اى الاقدر على الايفا لبسوطه سعه ذات اليد والاحسن قضا بان يوفيه بالاجود بلا مماطله وهو فى الحقيقه بدل فى الجواب بالقول بالموجب وقوله وانما يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعيه على وفاق المعانى اللغويه وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار اجنبيا منه فاذا نقده كان الواجب ان لا يجبر المحتال على المقبول اى لا ينزل منزله القابض اذ ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبى وباذا الاجنبى المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب لا نسلم ان المحيل متبرع فى النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبه اليه بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا قال ولم يرجع المحال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله برى المحيل اى اذا تمت الحوالة بالقبول برى المحيل ولم يرجع المحال على المحيل بشى الا ان يتوى حقه على ما ياتى من معنى التوى وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع وان توى لان براة المحيل حصلت مطلقه اى عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمه ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب حديد كما فى الابرا وتايده ما روى عن ابن المسيب ان له كان على على رضى الله عنه دين فاحاله به على اخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فابعده بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع قلنا البراة حصلت مطلقه لفظا او مطلقا والثانى ممنوع والاول مسلم لكن لا يفيد كم لجواز ان يكون مقيده بدلالة الحال او العرف والعادة فنقول انها حصلت مقيده بسلامة حقه له وان كانت مطلقه لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفا الحق من المحل الثانى لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف فى الوجوب وانما تختلف بالنسبه الى الايفا فصارت سلامه الحق من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامه فى حق المحال به كوصف السلامة فى المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه فى الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف السلامة مستحق للمشترى وهذا يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله او ينفسخ الحواله لفواته اى لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشترى اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط

للمحيل على المحال عليه دين تتقيد به الحواله

انتقل بدل

بسبب المحتال رهن

خلاف صر

بلغ

الكفاله

ذلك في المعتقد لما مر اشاره الى عباره اخرى منهم وهو يشير الى ان الحواله تفسخ ويعاد الدين على المحيل
فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقي المشايخ رحمهم الله واستخدم قوله فصار كوصف السلامه في المبيع فيهما
بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال اذا توى المال على المحال
عليه عاد الدين على المحيل كما كان والتوى على مسلم ولم يعرف من ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض
بان المحال وقت الحواله مخير بين ان يقبل الحواله فيستقل حقه الى ذمه المحال عليه وبين ان لا يقبلها
ابقا لحقه في ذمه المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين عليه ولا يعود الى الاخر كالمغصوب
منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الاخر بشي وكالمولى اذا اعتق عبده
المديون فاختار الغرما استسعا العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشي والجواب ان قوله
اذا اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به شيئين احدهما اصل والاخر خلف عنه او كل واحد منهما اصل
~~والاخر خلف عنه او كل واحد منهما اصل~~ فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان
الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل
لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافه انوا الحق لا يوصف بعقد تبوته فاسلو
في الموضع قال والتوى عند ابي حنيفه رحمه الله احد الامرين ش توى المال اذا تلف
وهو عند ابي حنيفه يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحواله فيحلف ولا بينه
للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه لا يقدر على مطالبته واما ان يموت مفلسا لان العجز
عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقه يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا
واما في الثاني فلانه لم يبق ذمه يتعلق بها الاولى الحق فسقط عن المحال عليه وثبت
للمحال الرجوع على المحيل لان براه المحيل كانت براه نقل واستيفا لا براه اسقاط فلما
تعذر الاستيفا وجب الرجوع وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه
بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما
قالا التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل لهما لانه بحجز عن استيفا حقه فصار كموت
المحال عليه وهو لعجز عن ذلك بحجز بنوهم ارتفاعه بحدوث المال لان المال غاد ورايح
وقد تقدم معناه في الكفاله فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحال مات مفلسا وقال
المحيل خلافه ذكر في المبسوط والشافي ان القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك
بالاصل وهو العسره يقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا دراهم ودنانير
فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله لذا في الطلبه
قال واذا طالب المحتال عليه المحيل ش اذا طالب المحال عليه المحيل بمثل الحواله مدعيا
قضى دينه من ماله فقال المحيل احلته بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان
سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق باعترافه الا انه يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول
قول المنكر والبينه للمحيل فان اقامها بطل حق المحال عليه في الرجوع قال ولا يجوز ان
تكون الحواله لقرارا منه بالدين عليه احتاج بقوله لانها قد تكون بدونه اي الحواله قد تكون
بدون الدين على المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ تكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل

فاذا طالب المحيل المحال بما احاله فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحال بل احلتني بدين لي عليك فالقول
قول المحيل ش فصل الحواله حقيقه في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله لا على الحقيقه بلا دليل
اجاب بقوله ولفظ الحواله ومعناه ان دعواه تملك بما هو محتملات لفظه وهو الوكاله فان لفظ الحواله
يستعمل فيها مجاز المافي الوكاله من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجب ان يكون مرادا بلفظه ذلك
مصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفه للظاهر قال ومن اودع رجلا الف درهم ش اعلم
ان الحواله على نوعين مقيده ومطلقه فالمقيده على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحواله بالعين الذي له
في يد المحال عليه بالوديعه او الغصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي له في يد المحال عليه ~~بالوديعه~~
~~او الغصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه~~ والمطلقه وهي ان يرسلها ارسالا لا يقيدها
بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده ولذا كان له ذلك عليه وفي يده او ان يحيل على رجل ليس له عليه دين
ولا له في يده عين ايضا على نوعين حاله ومؤجله فالحاله هي ان يحيل المديون الطالب على رجل
بالف حاله فانها تكون على المحال عليه كذلك لانه لتحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفه التي
على الاصيل والقرض انها كانت على الاصيل حاله فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على
الاصيل قبل الادا لكنه يتعلق بما فعل به كما تقدم في الكفاله والمؤجله هو ان يكون الدين على الاصيل
مؤجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبله كذلك
اذا عرف هذا فقوله ومن اودع رجلا الف درهم واحال به عليه اخر فهو جائز لبيان جواز الحواله المقيده
بالعين الذي في يد المحال عليه وديعه وقوله لانه اقدر على القضا دليل جوازه وذلك لوجهين احدهما
ان الادا منها يتحقق من غير حق المحيل وحج لا يصعب عليه الادا فكان اقدر والثاني ان الوديعه حاصله
معينه لا يحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضا كان اولى بالجواز وكانت
جائزه بالدين فلان تكون جائزه بالعين احدر فان هلكت الوديعه برئ المودع وهو المحال عليه
وليس للمحال شي عليه لتقييدها به اي لتقيد الحواله بالوديعه لانه ما التزم الادا الا منها فيتعلق بها
ويبطل بهلاكها كالزكوه المتعلقه بنصاب معين وقوله لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب
مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات بهلاك له فوات الى خلف وذلك كلا فوات فكان
مكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحواله مقيده بالدين ايضا بيان لجوازها مقيده بالدين كما اذا كان لرجل
على اخر الف درهم وللمديون على اخر كذلك واحال المديون الطالب على مديونه بالالف على ان يؤديه
من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزه وحكم الحواله المقيده في هذه الجمله وهي الحواله المقيده بالعين
وديعه كانت او غصبا وبالدين ان لا يملك المحيل مطالبه المحال عليه بذلك العين او الدين الذي قيد
الحواله به بعدها لانه تعلق به حق المحال فانه ما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه ما للمحيل
اي ديه فيتعلق به حقه استيفاء واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يملك اخذها ولو دفعها المودع
وغيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن لعدم الرهن
العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوه للغرما اشارة

الى محل آخر به بخلاف حل الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقاء حق الأخذ للمحيل والراهن وهو أن
الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون لشتى وكان ولم يترك شيئا سوى العين
الذي له بيد المحال عليه او الدين الذي عليه فالمحال اسوة للغرماء بعد موته خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس
لان الدين عن ذمة المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له ان ياخذه في حياته
فكذا بعد وفاته ولان المحال كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته
فصار المحال عليه كالمرتهن قلنا العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحال
بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فيكون بين الغرماء
واما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون
لغيره ان يشاركه فيه قوله وهذا اشارة الى قوله ان لا يملك المحيل ويقرب ما ذكرناه انفا وقوله بخلاف
المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين او عليه من الدين
لان الضمير للشان لا يتعلق لحق المحال به اي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة
سعة فما صح اخذه منه او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا الحبس للمودع والغاصب ان يؤدي دين المحال من الوديعة
او المغصوب صح
وللمحيل ان يأخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت [illegible] وكره السفاتج السفاتج جمع سفتجة بضم السين
وفتح التاء فارسي معرب اصله سفته لمال الشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع
الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده
المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع
استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا قيل هذا اذا كانت المنفعة
مشروطة اما اذا لم يكن فلا بأس بذلك [illegible] انما اورد هذه المسألة في هذا الموضع لانها معاملة
في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة في الديون

بلغ

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي
يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة
محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد ويجوز ان يعرف بانه ملكة تعصم
من قامت به عما يشينه ولا شك ان القضاء بالحق من اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد
الايمان بالله امر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليه اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا
التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم قال
ولا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واحترز به عن المولي بلفظ اسم الفاعل
اشار الى ان القاضي معنى ان يكون قاضيا بتوليه غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام
والحرية والعقل والبلوغ ويكون اي المولى من اهل الاجتهاد اما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة
فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهو

لا يصح ولاية القاضي صح

٩٠

وهو تنفيذ القول على الغير شاء او أبى وكلما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة له
لان ولاية القاضي لما كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة لو اشترط بها علمها كانت اولى شرائطها [illegible] الوجه المصنف
بقوله ينبغي استعاره للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضاء ويعلم
ان الفاسق اهل للقضاء لانه اهل للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين
لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا [illegible] العدالة
ليست من شرائط الشهادة [illegible] نظر الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالخير والى
حال اليوم [illegible] ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة بتثليث الراء وكسرها [illegible] وغيره مثل الزنا وشرب الخمر
لا ينعزل او المراد [illegible] عند التقليد [illegible] وسمي الاول فيعزله [illegible] الامر وهو العصر يكون [illegible]
فيه ان [illegible] العزل والى اشار الامام البزدوي بقوله وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل
دون العزل وهو ظاهر المذهب وروي [illegible] انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلى الرازي
صاحب ابي يوسف ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء
لان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاء
ومو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كالاعسار [illegible] وقيل هذا [illegible] ان الامام يريد ينفصل [illegible] الامام
الايمان عنده فاذا فسق بعد استقضائه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق
ينعزل لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة
فينعزل بانتفائها واعترض بان من الفقهاء اتفقوا على الابتداء في جواز التقليد مع الفسق ابتداء والطارئ لعشق
والاولى بالثبات لانه مسلمات هذا الفن يبتني عليه احكام الشرع كبقاء النكاح [illegible] وامتناعه ابتداء
وحول الشيوع في الهبة [illegible] ابتداء فلنبغ البقاء وهو سوت القضاء لفسق امتد او العزل بالفسق
والجواب يوجد الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط
جائز لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة وقال ان قتل زيد فجعفر
[illegible] وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وبذلك تعليق [illegible] بالشرط جائز [illegible]
اميركم [illegible] والفرق بين القضاء والامارة [illegible]
موت الخليفة شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والامارة والامان ان مبنى الامان
على الامام او الامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والاعمال
على السلطنة والقهر والغلبة الا ترى ان من الامراء قد غلب وجار وجاز واحكامه [illegible] الصحابة [illegible]
وصلوا خلفه والمبنى القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء [illegible] الفاسق
هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى
الخطأ فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد ولبعضهم فان لفظ العبد [illegible]
يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق الاصح وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون
قاضيا لكن الصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فالخصاف القاضي يقضي باجتهاده بنفسه اذا كان
له راي فان لم يكن له راي وسال فقيها اخذ بقوله وقوله واما المقلد اي الجاهل فيصح عندنا خلافا للشافعي مراده بالجاهل
المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل

لان يلعن الرد بدون لا يحفظ شيا من اقوال العرب وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي رحمه الله
فانه يقول ان الاهلية للقضا تستند على العدالة والاذكيا فعن العلم … دون الاجتهاد والشهادة
قال لان الانسان لا يعلم الا المقصود بحرفه بالاتفاق فلو وصل بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر
ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره لان المقصود من القضا هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل باجتهاد
نفسه يحصل بالتقليد اذا قضى بفتوى غيره ويويده ما ذكره الخصاف رحمه الله في حديث علي رضي الله عنه
قال انفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني الى قوم يكون بينهم
احداث ولا علم لي بالقضا فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضا بين اثنين
بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا لم يكن من اهل الاجتهاد ذلك الحين
ينبغي للمقلد ان يختار الاعدل والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته اولى منه
فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث ثابت يقلد العدول ولا يقلد الفساق لا ما قيل انه خارج
مخرج الترغيبات فانه طريقة بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل قوله وفي حد الاجتهاد كلام
في معنى الاجتهاد لا حاجة الى بيانه لتحصيله موضعه اصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا وحاصل
ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة
بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين العبارتين بين ولم يلم مع ذلك
اي مع ما ذكرنا واحد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالية عن التشكيكات الموكلات فيفعل
المطالب لان المبادي ومنها الى المطالب تسرع بترتيب المطلوب على ما يصلح ان يكون سببا له ويعرف
عادات الناس عن الاحكام ما ينبني عليها نحو ما للعامة كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال
ولا باس بالدخول في القضا لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو فرضه
وهو الحق لان القضا بالحق فرض امر به الانبيا عليهم السلام قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض
فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه
انه يودي هذا الفرض فلا باس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة
ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض
الكفاية ان لم يكن واجبا فلا اقل من الندب كما في صلاة الجنازة وغيرها واجيب بانه كذلك
الا ان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان به باس قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه
ومن خاف العجز عن اداء فرض القضا ولا يامن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه
كيلا يصير الدخول فيه شرطا اي وسيلة الى مباشرته القبيح وهو الحيف في القضا وانما عبر بلفظ الشرط
لان اكثر ما يقع الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشا وفي الغالب يكون مشروطا
بمقدار معين مثل ان يقول لي على فلان او له على مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض
العلما او بعض السلف الدخول فيه مختارا سوا وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وفسر الكره ههنا بعدم
الحول قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها
الا ترى ان ابا حنيفة رحمه الله دعي الى القضا ثلاث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا

فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف رحمه الله فقال ابو يوسف
لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر المغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبر البحر سباحة
اكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا ولذا دعي محمد رحمه الله الى القضا فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد
واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضا فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة
رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه تشبيه القضا بالذبح بغير سكين قال
لان السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين تؤثر في الباطن بازهاق الروح
ولا تؤثر في الظاهر ووبال القضا لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه لانه هلاك وكان شمس الائمة
الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري بهذا اللفظ لئلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي
فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوي
شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى والقى راسه بين يديه
ثم قال المصنف والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة عن ابي حنيفة
ابي يوسف ومحمد انه اذا قلد من غير مسالة لا باس به وقال الترك عزيمة لانه قد يخطي ظنه فيما اجتهد
ولا يوفق له اذا كان مجتهدا ولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة السرخسي
في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضا قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح
واسلم لدينه لانه يلتزم انه يقضي بحق ولا يدري ايقدر على الوفا به اولا وفي ترك الدخول صيانة نفسه
وهذا اذا كان في البلد غيره من يصلح للقضا فاما اذا كان هو الاهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول
صيانة لحقوق العباد في حقوقهم واخلا للعالم عن الفساد في الحدود والقصاص فان كان في البلد قوم يصلحون
للقضا فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا
ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع احكام الله تعالى قال
وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها من صلح للقضا ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسالها
بلسانه لما روى انس بن مالك رضي الله عنه مرفوعا عليه السلام من طلب القضا وكل الى نفسه ومن اجبر
عليه نزل عليه ملك يسدده ووكل بالتخفيف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب
لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضا فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه واعجب فيحرم التوفيق
وينبغي ان لا يشتغل اليوم بطلب ما يحرم به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله منكسر القلب
بالاكراه على ما لا يحبه ويرضاه ويتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق قوله
ثم يجوز التقلد الا اهله بين ان يكون المولي عادلا او جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا
لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضا من معاوية وكان الحق مع علي رضي الله عنه في نوبته دل على ذلك الحديث
عمار بن ياسر وانما قيد بقوله في نوبته احترازا عن قول الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر
وعثمان رضي الله عنهم وليس الامر كما قالوا لانه لما اجمع الامة من اهل الحل والعقد على صحة خلافة
الخلفا قبله وموضعه باب الامامة في اصول الكلام وعلما السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو جائر
مشهور في الآفاق وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضا استثنا من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر

ومن قلد القضاء يسلم ديوان القاضي الذي قبله ش من تولى القضاء بعد عزل آخر يسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرايط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الأوصياء وتقدير النفقات لانها اي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرايط لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء والاولى ... حجة وان لم تكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤول اليها مآلا التذكير ثم البياض اي الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان او رقا لا يخلو عن امور ثلثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم او من مال القاضي المعزول فان كان الاول فوجه تسلم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا وقوله في الصحيح في الصورتين احترازا عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكرنا ذكر قوله ويبعث امينين بيان لكيفية التسلم وهو ان يبعث المولى رجلين من ثقاته وهو احوط والواحد يكفي فيقبضانها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كيلا تشتبه على المولى وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرايط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج عليه وقت الطلب واما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة يشتبه على المولى فلا ينفصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك وهذا السؤال اي سؤال المعزول لكشف الحال لا للالتزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضا ذلك ختما عليه ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن احوال السجلات وغيرها وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألانه اي يسألان شيئا فشيئا عنها وليس بشيء لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى ان يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله يثبت له حسابه بابا بابا وينظر المولى في حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ملزم والواحد يحل عرضه وعقوبته اي حبسه ومن انكر ما يوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهما الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك وان لم يعدلوا ولم يحضر خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اياما اذا جلس يقول المنادي ان القاضي يريد ان يطلقه فان لم يحضر له خصم اخذ منه كفيلا بنفسه واطلقه لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر امره كيلا يؤدي الى ابطال

حتى

حق الغير لجواز ان يكون له خصم غايب يدعي عليه اذا حضر والفرق لابي حنيفة رحمه الله في اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما سيجيء ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغايب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه ولو قال لا اعطي كفيلا ولا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فانه لم يجب علي شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو تحمل ما يشتد عليه ثم ينظر المولى في الودايع وارتفاع الوقوف لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل فيه المذكور على حسب ما يقوم به البينة او باعتراف من هو في يده لانه لا بد لعمله من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر الا ان يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كانه في يده في الحال ولو كان في يده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان في يد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي واعلم ان لهذه المسئلة على خمسة اوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشيء مما اقر به المعزول او يجحد كله فان كان الثاني لا يقبل قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي الي وهو لفلان ابن فلان من اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب اولا بتعليله واما ان يقول دفعه القاضي الي ولا ادري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والمعلل التعليل واما ان يقول دفعه الي وهو لفلان غير من اقر له القاضي وحكمهما العدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد اقر باليد له فصار كان المال في يده ... انه لفلان وهو الصحيح واما ان يقول هو لفلان غير من اقر له القاضي ودفعه الى القاضي وهو المذكور في الكتاب ثانيا وحكمه ان المال يسلم الى المقر له اولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وهذا الذي اقر له الاول انما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وبما اقر له لغيره للمقر له القاضي اتلف له المال على من اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان يبطل كونه بعد اولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير بشمول الضمان او شمول العدم ولم ار احدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا في الوجه الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول لمن كان باليد تحاز بعده والاتلاف وذلك لان الاقرار حين لا يد له لصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر ما ليد الشخص ثم اقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه واذا اقر بالملك لغيره ما في يده صح اقراره ثم الاقرار باليد لغيره يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه باتلاف حقه باقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك والله اعلم قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد ش الحاكم

يجلس للقضاء جلوسًا ظاهرًا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه
قال المسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق بالناس قال الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة
اما اذا كان في طرف منها يختار مسجدًا في وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال
الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون
نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وتفصيل ذلك من كان الحاكم في المسجد فيتقدم اليه الخصمان
وبه الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول وكذا الثاني ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال انما بنيت
المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه ولذا الخلفاء الراشدون كانوا
يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من اشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة وقوله
ونجاسة المشرك جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض
منه شيء والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث القاضي من يفصل بينهما
ويرجع كما اذا كانت الخصومة في الدابة فان قيل يجوز ان تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد
حرمة الدخول في المسجد فيخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا مخاطبين بفروع الشرائع فلا
بأس بدخولها ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك قال الامام فخر الاسلام اذا كان داره
في وسط البلدة كما يقعد في المسجد فاذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول فيها لان لكل واحد
حقًا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة
اذ في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم
الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم له او ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء اما انه
لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضاء اذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك
ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن ابي حميد الساعدي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
استعمل رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أُهدي إلي
قال صلى الله عليه وسلم فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له او لا واستعمل عمر رضي الله عنه
ابا هريرة فقدم بمال فقال من اين لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي عدو الله
هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى اليك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا
ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة واما القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه
من جوانب القرابة وهو مندوب اليه لصلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب اعم
من ان يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وان لا يكون عبارة بما نقل على ان المهاداة بينهما قبل
القضاء شرط قبولها كالاجنبي واما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد
فلانه ليس بأكل على القضاء بل هو جري على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل
ان المهدي للقاضي اما ان يكون ذا خصومة او لا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقًا اي سواء
كان قريبًا او مهاديًا قبل القضاء او لم يكن والثاني اما ان يكون قريبًا او ممن جرت له العادة
بذلك او لا والثاني كذلك لانه اكل بالقضاء فيتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له

العادة

الكفار ليسوا مخاطبين بفروع الشرائع

العادة على المعتاد قال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عنده ما ازداد حالا بقدر ما ازداد في المال
لا بأس بقوله ثم ان اخذ القاضي ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فيه فبعضهم يضع
في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير وان لم يعرفهم
او كانوا بعيدًا حتى تعذر الرد عليهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال
لانه انما اهدي اليه لعمله وهو فيه عامل للمسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ولا يحضر القاضي
دعوة الا ان تكون عامة وهي ما لا تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة
وما سوى ذلك خاصة وذكر الصدر الشهيد ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها
وهي اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله واطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية
وفصل الفرق بينهما الضيافة والهدية حيث جوزا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزا قبول
هدية ذي الرحم حضور دعوته ان ما في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة
قبل القضاء وانما حدثت بعلوه وما ذكروا في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم
وذكر صدر الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب القاضي دعوته
وان كانت عامة لانه يؤدي الى ايذاء الخصم الآخر والى التهمة قال ويشهد الجنازة ويعود المريض
الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق
روى ابو ايوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست خصال
واجبة ان ترك شيئًا منها فقد ترك حقًا واجبًا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات
ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين
ولا يضيف احد الخصمين لانه عليه السلام نهى عن ذلك وروي عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة قال واذا حضرا
سوى بينهما اي اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما شريفًا والآخر فقيرًا او كانا
ابًا وابنًا يسوي بينهما في الجلوس فيجلسان بين يديه على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما
اقرب الى القاضي فيفوت التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه والآخر عن يساره فلذلك لفضل اليمين
وان خاصم رجل السلطان الى القاضي يجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي
من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما كيلا يكون فضل لاحد الخصمين على الآخر وفيه
دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه ولذا قال يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر
والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة قال
ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك
كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر قلب الآخر فيتجنبه عن طلب حقه ومنزله وفيه اجراء فعله
ذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدًا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي ان يقوم بين يديه رجل يمنع الناس

عن الكلام من يديه في غير وقته ويحملهم على اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والتعريف
والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراع بين يدي القاضي ويمنع
رفع الصوت في المجلس قال ويكره تلقين الشاهد تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي
ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول اتشهد بكذا او كذا او كذا لانه اعانة لاحد
الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف الاول رحمه الله واستحسن التلقين رخصة في غير
موضع التهمة لان القضاء شرع لاحيا حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة
مجلس القضا فكان في التلقين احيا للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل واما في موضع التهمة
مثل ان ادعى المدعي الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة فيتوقف الشاهد في الالف والقاضي يقول
يحتمل انه ابرأه الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز
بالاتفاق واخر قولي ابي يوسف لقوله الاخير ان الصدر الشهيد والاشخاص وهو الراجح الحقا الحكم

فصل في الحبس

لما كان الحبس من احكام القضا وتعلق به احكام افرده في فصل على حدة وهو مشروع
بقوله تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
حبس رجلا بالتهمة خلا انه لم يكن في زمان رسول الله عليه السلام وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن
وكان يحبس في المسجد او الدهليز حيث امكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه احدث السجن بناه
من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر فسماه مخيسا وكان القاضي نصب
لايصال الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان
يجبره على الاداء والاجبار لا يكون الا بالضرب او بالحبس فيكون بالحبس قال واذا ثبت الحق عند القاضي
وطلب حبس غريمه اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما ان ثبت
بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها
واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لان من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال
فان ابيت اوفيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه وان كان الثاني حبسه كما ثبت لظهور المماطلة
بانكاره وروي عن شمس الائمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتذر
ويقول ما علمت له دينا علي فاذا علمت الآن لا اتوانى في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار
والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج
لمجي رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده
اذا كان ثمه من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت يصير مقاما بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف
ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الطالب او الدين وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر بالطالب
وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع الى قضا الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن
خادم اخرجوه لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو غير مستحق عليه ولو احتاج الى الجماع
دخلت عليه زوجته وجاريته فيطاها حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضا شهوة البطن فكذا

شهوة

شهوة الفرج وقيل الوطي ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول اهله
وجيرانه عليه ليشاوروهم في قضا الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال فان امتنع حبسه في
كل دين لزمه بدلا عن مال فان امتنع الغريم عن ادا ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يساله عن غناه
وفقره فان ادعى الاعسار وانكر المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد
كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين
لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه
اذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزوال الغنى الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه
باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين
ما لم يكن ويخرج منه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان
العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبسه في ما سوى
ذلك يعني ضمان الغصب وارش الجنايات اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيكون القول قول
من عليه لان المدعي ان له مالا ببينة فيحبسه وروى الخصاف عن اصحابنا رحمهم الله ان القول قول
المدعى عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الآدمي يولد ولا مال
له والمدعي يدعي عارضا فالقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه
ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه عرف دخول
شي في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك
فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شي ولم يعرف قدرته على القضا فبقي متمسكا بالاصل وهو
العسرة فذلك ثلاثة اقوال وفي المسئلة قولان اخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول
فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والاخر ان يحكم الزي ان كان زي الفقرا كان القول له وان كان زي
الاغنيا كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون في الزي
مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجوههم فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار وقوله وفي النفقة بيان لما هو المحفوظ
من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم
الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق
نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين
المخبرين اما ثانيهما فالذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى
مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر اولا كان القول قول المراة والشريك الساكت
في دعوى اليسار واما ثانيهما الذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر
وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخيران وقوله
والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جواب عن المسئلتين نصرة للمذكور فيه وتقريره انه

اي المنفقه علي تاويل الاتفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا سقط بالموت بالاتفاق وقد
تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بالابراء من له او بما يقوم مقامه وكذا صار الاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله
وحينئذ لم يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد لان المراد
بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه في حياته وبعد مماته من
جهته الا بالاداء بيقين واقدم عليه دل على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك عليه
بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلاثة ثم يسال جيرانه واهل خبرته عن يساره واعساره
اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لا يظهر ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة
فقدر بما ذكر ويروى غير التقدير بشهرين وثلاثة اشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر اجل قال
شمس الائمة الحلواني هو ارفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة اربعة اشهر الى ستة اشهر
والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن
الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي ضجر الاخر فان وقع رأيه
ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سال عن حاله بعد ذلك فان سال عنه فقامت
بينة على عسره اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لفظة الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل
بقوله والاثنان احوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار
فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلي سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد
اليسار امر حادث فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وان استحلف المطلوب الطالب على انه لا يعرف
انه معدم حلفه القاضي فان نكل الحلف وان حلف ابد الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي
عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الواجب الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي
وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل برايه ولكن لو سال كان احوط قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو
اثبت الا بالملك وتعذر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع
وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراه فاقام الشفيع بينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار
نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على
قضاء الدين والقدرة عليه انما يكون ان يملك مقدار الدين فيثبت بهذه البينة الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين
معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة
سواء فوضح الفرق بينهما قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله اي فان لم يظهر للمحبوس مال بعد
مضي المدة التي رآها القاضي برايه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة
على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظر الى الميسرة بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان
الحبس بعد ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم
من كلامه انه لا يخليه ما لم يمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في شرح ادب القاضي وقالوا اذا ثبت
اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي

بيان اعتباره

المدة بان اخبر واحد ثقة او اثنان او شهد بذلك شاهدان انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته
التي عليه وثياب ليلة وقد اختبرنا امره سرا وعلانية ففيه روايتان يقبل في رواية ولا يقبل في رواية
الاصل وعليها عامة المشايخ وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد فيه روايتان في رواية لا يحبسه وبه
كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمهم الله وفي
اخرى وعليها عامة المشايخ ما وراء النهر انه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا يقبل الا اذا
تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت واذا حبس ومضت مدة فقد تايدت به اذ الظاهر ان القادر
على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي القدوري خلي سبيله ولا يحول بينه
وبين غرمائه وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس في الملازمة هل
للطالب ذلك ام لا وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله وذكر في الجامع الصغير رجل
اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلي
سبيله وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في اول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة
فيحتاج الى تاويل فلهذا ذكر المصنف تاويله بقوله ومراده اي مراد محمد اذا اقر عند غير القاضي
او عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته وهذه الرواية تصلح ان تكون معتمد شمس الائمة السرخسي
فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في اول الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التاويل
قوله والحبس اولا يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس اولا ومدته ما بيناه ليس فيه مخالفة لما
بيناه ليحتاج الى ذكره لها فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل
نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع
ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحد والقصاص قال الله تعالى
ولا تقل لهما اف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده وفي
تركه سعي في هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن
تداركها وسائر الديون لم تسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان
حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذلك العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا الدين بكتابة او كان حق
حبس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه
بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون متمنعا لما يحبس
في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وفي ظاهر الرواية وفيه ترتيب التسوية بينهما لانه
يتمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة
اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان السجن ينتهم بقاض واحد وهذا
باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس اي جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه
مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه كما في الكتاب لم يعمل به القاضي فلا يعمل بالكتاب وجه الاستحسان

سائر ... عمله

المبسوط ... الرجوع

اذا الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوزه ولذلك
وعليه اجمع الفقهاء قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق ش يقبل كتاب القاضي الى القاضي
في حقوق تثبت بالشبهات دون ما تندرئ بها اذا شهد به عند القاضي المكتوب اليه للحاجة وهو
نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا على خصم او لا وقوله يشير
الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان لما احتيج الى الكتاب ولابد منه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به
كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المسمى سجلا لان السجل
لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز ولكن يكتب بالشهادة لو
ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له
الا التنفيذ وافق رايه او خالفه لاتصال الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به
وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي ان يكون نقلا
من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكرها عدا ان شاء الله تعالى قوله وجوازه هو الموعود بقوله
على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه ثابت لمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو العجز عن
الجمع بين الشهود والخصم فكما جوزنا الشهادة على الشهادة احياء لحقوق العباد فكذا جوزنا الكتاب لذلك ولا
يراد بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله يعني قوله
في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك
بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان بمنزلته قوله وهو يعرف اي الدين يعرف بالوصف يشير الى تعليله
استحسانا الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة
لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها تعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة واعترض
بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمراة في دعوى النكاح من الحاضر
ولا الى الشاهد فكان بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية واجيب
بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة ونحو ذلك مما هو من
الافعال الا ترى ان الاشارة الى الدائن والمديون لابد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع
ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل الكتاب
في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن
ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبيد دون الاماء فان العبد يخدم خارج البيت غالبا
فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا
وعنه اي عن ابي يوسف انه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعه يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح
ادب القاضي وصفته ذلك بخارى ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارى
فطلب من قاضي بخارى ان يكتب بشهادة شهوده عنده كتب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان
بان العبد الذي صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد
على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من
هو بيده ليشهدا عنده على الكتاب وما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي
ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل
في عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارى ويشهد شاهدين

على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة شهوده
ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت
عنده ليبرئ كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب
كتابا اخر الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند
حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب
في الجواري صفته في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكن يبعثها معه على يد امين
لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان فيه
بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويستغله ويأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما
يظهر العبد لغيره ولان الحلية والصفة تشتبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلي والصفات فالاخذ
بالقياس اولى وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك
وهو والشافعي في قول قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين ش لا يقبل كتاب القاضي
الى القاضي الا بحجة تامة بشهادة رجلين او رجل وامراتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما
بقول رجل وامراتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه الرجال فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال
كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول يجوز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب
واجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه
مقبول بغير بينة حتى لو امنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام ان لا يعطي الامان ويتركه وبخلاف
رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة
الا ترى انه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى ان رسول
القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه
ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله واتحادهما في عدمه لان القياس يابى جوازهما
وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول
فبقي على القياس والثاني ان الخطاب والكتاب وجدا من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع
القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي
في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه
شرط ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله علمهما بما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكاتب
كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى
الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كيلا يتوهم التغيير اذا كان [illegible] او بيد
وهذا قولهما وقال ابو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا اخر غير مختوم
ليكون معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف اخرا
شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا شهدوا ان هذا كتابه وخاتمه يشهد واعلى الخلاف والختم
عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنده ان الختم ليس بشرط ايضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء

وانما قال اخر الان قوله الاول قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف
تيسيرا على الناس قال واذا وصل الكتاب الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة
بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان المتعلق بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم
لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بمحضر الخصم ولئن كان هذا خلاف سماع القاضي الكاتب فانه
جاز لخصمه الخصم لا سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع وقال
ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد
ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال فاذا سلمه الشهود اليه اذا سلم
الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه
وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه بما فيه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
اذا شهدوا انه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في الفتح ذكر
ظهور العدالة للفتح حيث لم يعلق فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح انه يفض الكتاب اي يفتحه
بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم يظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء
الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا فك الختم فلا علم لهم بذلك
وهذا امر كانه دونها ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم يظهر
فاما اذا لم يكن شرطا فكما ادوا الشهادة جاز فضه فلا احتياج الى زيادة الشهود والجواب انا لا نسلم
ان الاحتياج الى زيادة الشهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم وانه لم يرد الشهادة على الختم
وذلك بعد الفتح غير ممكن وهو استدلال على ذلك بان فك الخاتم يوجب عمل الكتاب والكتاب بالعدالة ما لم يظهر
عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم على الكتاب لانه ولعل الاصح ما قاله محمد رحمه الله
من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر الشهيد
في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج عن اهلية
القضاء بجنون او اغماء او فسق اذا قلنا وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول البعض قبل وصول الكتاب
او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال ابو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي رحمهما الله لان
كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده فاحق الى المكتوب اليه
والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة او قبل القضاء وانا لا نمنع القضاء
ولنا ان القول يوجب ولهو ان الكاتب ولئن كان نقلا الا ان هذا النقل لدخل القضاء بدليل انه لا يصح الا
الى القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ولو وجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة وما وجب
على القاضي لسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان ما هو بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه
قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها هو استدلال المصنف
بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض اخر في غير عمله او في غير عملها وهذا
ظاهر فيما اذا عزل اما في الموت او في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون
لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضا
لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن الاهلية اولى وكذا الجواب للمكتوب اليه مطلقا بانه
وقال الشافعي يعمل به ان كان فيما احتاجه في القضاء كما لو كان الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة متفاوتون في اداء الامانة فصار ذلك
كالاختيار في الاموال فكان كل عدلا يعتمد على كل واحد فلذا قلنا الا اذا صرح بان عمل كل عدل بعد

ثم لو

تعرف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
لم يتات علم هو شرط وهو ان يعلم من معلوم الى معلوم لم يصح عند ابي حنيفة بخلاف ما اذا كتب ابتداء
من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند ابي حنيفة وقال الطاهر
لم يجز استحسانا لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول ابي يوسف في جوازه فانه حين ابتلى
بالقضاء وسع للناس تسهيلا للامر على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه
سواء تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص
وقال الشافعي رحمه الله في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة
على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل اخر

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه
امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الراي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان
تعداد محل الاجتهاد بذكر اصل جمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على ان الفصل
من تتمة باب القاضي الى القاضي لكن قوله اخرناه في ذلك لانه ليس من ذلك الباب فصل فيه هذا حتى
يقول فصل اخر والاولى ان يجعل هذا فصلا اخر من كتاب ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا
فصل اخر قال ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود والقصاص قضاء المراة جائز عندنا في
كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بالشهادة وقد مر الوجه اي في اول ادب القاضي ان حكم القضاء
يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء
وهي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل للقضاء في غيرها وقيل اراد به ما مر من قبل بخطوط
من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان فيه شبهة البدلية لا يحتمل فيهما وشهادتها كذلك لما فيه من
وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء لعذر ولغيره الا ان يفوض اليه ذلك
بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته بوقت
الاداء بالقضاء فكان الامر به امرا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير
سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة
جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض بما اذا افسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في
هذه الحالة لم يشهد الخطبة واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن
شهد الخطبة ولئن كان الحاقه بالباني لعدم شروعه في تلك الصلاة اولى فتامل قوله والدليل
القضاء اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتاخير عند العذر فمن اذن بالجمعة مع علمه
انه قد يعترض له عارض يمنعه من ادائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء فلو فرضنا انه
استخلف وقضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني عند غيبة الاول فاجاز الاول جاز اذا كان من اهل
القضاء كما في الوكالة فان الوكيل اذا لم ياذن له بالتوكيل موكله وتصرف بحضرة الاول او اجازه الاول جاز
وقوله لانه حضره راي الاول يصلح دليلا للمسئلتين اما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضائه حضره
راي القاضي وقت نفوذه لاعتماده بعلمه وعلمه والحكم الذي حضره القاضي او اجازه قضاء حضره راي القاضي
فكملت راضيا به واما في الوكالة فسيجيء في باب الوكالة قبل الاذن في الابتداء كالاجازة في الانتهاء
فلا احتياج في الحوالة وعدمه واحلف بما المنع فان البقاء اسهل من الابتداء ولان الحكم الذي اذن له

لانه فلا القضا دون التقليد به اي بالقضا فصار كالوكيل لا يجوز للوكيل الا اذا فوض اليه ذلك صح

القاضي به في الابتداء او قضاء بحضوره اي القاضي وكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيدا به
قوله فاذا فوض اليه يملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي ول من شئت كان له ان يولي غيره فيصير الثاني
نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا ان يقول له واستبدل
من شئت فيملك الاول عزله وهذا بناء على ان امر القاضي لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة
ول من شئت واقتصر على ذلك كان امره اليه بالتولية دون العزل بخلافه واذا اضاف الى ذلك واستبدل
من شئت كان امره اليه بهما فكانا له فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل
دلالة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة فيسأل عن الفرق بين
الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى الغير توكيلا وايصاء واجيب
بان اوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع
الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولا كذلك القضاء فيسأل القاضي يملك التوكيل والايصاء ولا
يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما واجيب بان المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي
فيكون توقع الفساد في القضاء اكثر قوله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه اي اذا تقدم رجل الى
قاض وقال حكم على فلان القاضي بكذا وكذا نفذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا
فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه او السنة اي المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الاول
بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناه في التوضيح
على ما ينبغي او الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه او يكون قولا لا دليل عليه كما اذا مضى على الدين سنون
فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخر المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بان يكون وهو تعليل
للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب انه يكون قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير
وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفيه فائدتان احداهما انه قيد
بالفقهاء اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد لا ينفذ قضاؤه في موضع الاجتهاد لا ينقضه المرفوع اليه
على قول العامة كذا في الذخيرة والثانية انه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة
المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه او مخالفا فانه اذا نفذه وهو مخالف لرأيه فحين يوافقه اولى ورواية
العقود ساكتة عن الفائدتين جميعا والاصل ينفذ القاضي ما دفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة لان القضاء
متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول لان كلا منهما يحتمل الخطاء
وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل ان يقول
القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأي المجتهد فكيف يصح الفرع موجبا للاصل ويمكن ان يجاب عنه
بان الفرع لا يصلح موجبا للاصل من حيث هو منه او مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز ان يكون موجبا للاصل
من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفعه من اصل بلا فرع اذ المعنى المساوي للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه
فيه مع شيء آخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله اشتغال المسلمين
استعان بزيد بن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه احد الخصمين فقال ان زيدا
قضى علي يا امير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا امير المؤمنين الساعة فانقض لي فقال
عمر لو كان هنا نص لقضيت لك ولكن هذا رأي والرأي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا
لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ وهو دليل النسيان

ايضا

ايضا مطرد الاولى انه ليس بخطأ بيقين لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كسائر المجتهدات ووجه عدمه
انه زعم فساد قضائه وهو ماخوذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ
عنده فيعمل به بزعمه قال المصنف وعليه الفتوى قوله ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرناه لما ذكر
ان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض اراد ان يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا
من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع واذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه
ثم رفع الى قاض ثالث نقضه لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الا النقض بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني
ينفذه كما مر فان نقضه فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل
الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد بمخالفة
الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء
فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته ووطئها ان وطئها الاب فلو حكم حاكم
بجواز ذلك نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة منها ما ذكرنا والمراد بما يجمع عليه ما اجمع عليه الجمهور
اي جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف فعلى هذا اذا حكم
الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي ان يحمل كلام
المصنف هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده في ذلك كقول ابن عباس رضي الله عنهما
في جواز ربا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه احد وانكر عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك
وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع
بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من
الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع
ولعل هذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاقل
غير مانع لانعقاد الاجماع لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول
معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين
لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي او المالكي برأيه بما خالف رأي من تقدم عليه من الصدر الاول
ورفع ذلك الى حاكم لم ير ذلك كان له ان ينقضه قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فكذلك
ما قضى القاضي بتحريمه في الظاهر اي فيما بيننا فهو في الباطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال لكن
بشرط ان تكون الدعوى بسبب معين كنكاح وبيع او طلاق او اعتاق لا في الاملاك المرسلة
وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على امرأة
نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه
على قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول ابي يوسف الآخر
وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنها اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري
مثل ان قال اشتريت هذه الجارية او من جهة البائع مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه
يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن
مثل قيمة الجارية او اقل بما يتغابن فيه الناس او لا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء
النكاح قصدا والانشاء هنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة ولان البيع بغبن فاحش مبادلة

ولهذا املك العبد الماذون له والمكاتب ولن لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما ثبت النكاح والبيع اذا كان القضا بحضرة الشهود لانه شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغير حق لان القاضي يصير منشيا وانما يعتبر منشيا فيما له ولاية الانشا وليس له ولاية البيع بغير حق لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبايع وطيها ومنها ما اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج اخر بعد انقضا العدة حل للزوج الثاني وطيها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد الشاهدين او لم يعلم بذلك وقال الا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطي لان العقد عنده لم يقع باطنا ولن لم يعلم بحاله ذلك واما الزوج الاول فلا يحل له الوطي عند ابي يوسف لو اولن كانت الحرمة لم يقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام ان محمد مع ابي يوسف الاول يحل وطيها سرا وعند محمد يحل للاول ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل للاول علم الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم قال ولا يقضي القاضي على غايب الا ان القضا على الغايب وله عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله لمن غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا يصح في الاصح لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضا بوجود الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيجب على القاضي العمل بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بنا الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان قال قد علمتم بالشهادة لو بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكرا حملا لامره على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم انه لا يسكت ان كان عليه دين او دفعا للظلم لمن اراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما ولئن قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه ايضا ولئن قال لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسياتي له جواب اخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه لئن حضر فاقر لزمت الدعوى ولئن انكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر به الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبته او يسلم الدعوى ويدعي الاداء ويثبته او يقر قبل القضا بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوائد قوله ولانه يحتمل الاقرار الى اخره دليل اخر على المطلوب والضمير للشان ويجوز ان يكون للغايب وبينته في وجه القضاء واعلم الثاني ومعناه ان الشان يحتمل الاقرار والانكار او وجه القضا لان احكامهما مختلفة فان حكم القضا بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع وتطهير الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها ولو اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه السلام البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غايبا

ملحق: وطيها ثم

القضاء على الغايب

نشا[ء] عان

[marginal note, partly illegible] اي ... القضا ... الاقرار ... الانكار ...

[marginal note, partly illegible] على قوله ... الاقرار ... على الغير ... البايع بعضهم ...

او

او بحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال عليه السلام لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غايب اجبناه عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى شيا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغايب او لا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان الا ترى انها لم تقم البينة قوله ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لا يقضي القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضا لان الشرط قيام الانكار وقت القضا لان البينة انما تصير حجة بالقضا وهو الجواب الموعود بقولنا سياتي وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فانه يقول الشرط الانكار لا الانكار وقت القضا وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات قال ومن يقوم مقامه قد ذكرنا ان القضا على الغايب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغايب اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل هو الغايب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني اما ان يكون ما يدعى به على الغايب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لازما سوا كان المدعي واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة ان الدار كانت لفلان الغايب وهو ملكها فان المدعى وهو الدار شي واحد وما ادعى على الغايب وهو الشرا سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشرا من المالك سبب للملك لا محالة او شيين مختلفين كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغايب ثم اقام المشهود له بينة ان فلان الغايب اعتقهما وهو يملكهما يقبل لهذه الشهادة له والمدعي شيان المال على الحاضر والعتق على الغايب والمدعى على الغايب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضا فيهما على الحاضر قضا على الغايب والحاضر ينتصب خصما عن الغايب لان المدعي شي واحد في الاول او كشي واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا احضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظاير في الكتب المبسوطة والمصنف لم يتعرض الا للسببية واما ان يكون المدعي شيا واحدا او شيين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود لسبب اللازم فان الشي اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيد السبب بقوله لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغايب كما اذا قال رجل لامراة رجل غايب ان زوجك فلان الغايب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغايب حتى اذا احضر وانكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغايب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق فيه يتحقق تدلا يوجب قصر

[marginal note] على ... الحاضر ...

الطلاق

تصور بدا الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد لو جب بان كان وكيلا بالحمل قبل
وقد لو جب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغايب سببا لثبوت المدعى على الحاضر
وجه دون وجه فقلنا نقضي بقصر اليد دون الطلاق على الهما فان قيل كلام المصنف
ساكت عن هذا القيد قلنا المعنى بالاطلاق ينصرف المطلق الى الكامل عن التقييد ولو كان
اعني ما يدعي به على الغايب شرطا لحقه اي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامراته ان طلق فلان
امراته فانت طالق فادعت امراه الحالف عليه ان فلانا طلق امراته واقامت على ذلك بينة قال
لا تقبل به من جعله خصما عن الغايب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغايب لا يصح
لان ذلك ابتدا القضا على الغايب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الاسلام الاوزجندي
ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغايب كما في السبب لان دعوى المدعي كما يتوقف على
السبب يتوقف على الشرط لانا نقول المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه اكثر لكونه من
الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغايب وهو في الشرط موجود والمسخر
المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيلا عن الغايب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من
جهة القاضي لان كلامه فيمن يقوم مقام الغايب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى
الروايتين فيه فكانه اختيار قال ولقرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال
اليتامى ويكتب الصك لاجل تذكر الحق وهو الاقراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقايها محفوظة
فان القاضي لكثرة اشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم يكن مضمونة بالهلاك
فلم يكن مصونة وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيتقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يومن التوى
بجحود المستقرض اجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ
وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا
موجودين بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل
ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار الامام فخر الاسلام
والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي
وشفقته ممنوعة من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يامن جحوده ولو اخذه الاب قرضا لنفسه
قال لا يجوز وعن ابي حنيفة انه ليس له ولد

باب التحكيم

لهذا باب من فروع القضا وتاخيره من حيث ان المحكم ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه
على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى
فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم
رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم بينهما
لصدور حكمه عن ولاية عليهما وهذا لان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما واعترض
بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة بينهما من حيث التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف
لكنها وقعت فانها جايزة في القضا دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث

لابنه

١٠٠

بالتسبب الا اثر في الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضا والامان
لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضا فلو حكما امراة فيما يثبت بالشبهات
جاز لانها من اهل الشهادة فيه قال ولا يجوز تحكيم الكافر والكافر والعبد لما قد تقدم
ان اهلية القضا باهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر
والعبد والذمي ان حكمه المسلمون وان حكمه اهل الذمة جاز لانه من اهل الشهادة بينهم ورضاهم
عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد اهل الذمة الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام
فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سياتي والفاسق
والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول ادب
القاضي ان الفاسق لا ينبغي ان يقلد القضا ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما
لانه مقلد من جهتهما لاتفاقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده بين شيين لا بد له
من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل العدم بعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان
لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ايضا فان قيل لو اخرج احدهما سعى في نقض ما تم من جهته قلنا انما تم الامر
وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي
اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم واذا رفع حكمه الى حاكم فان وافق مذهبه امضاه لانه لو نقضه لم
يكن لانه نقضه فلا فايدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وفايدة امضايه انه لو رفع الى حاكم يخالف
مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض لتمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله لان حكم
المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته
فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض ان لم يرده قال ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص
لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفايها
واما في حد القذف والقصاص فقد اختلف قال شمس الايمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص
جايز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل ان التحكيم في القصاص جايز لان الاستيفا اليهما وهما من حقوق العباد
فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف
واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود
وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى
بالشبهات وهذا كما ترى اشمل من تعليل المصنف قوله وقالوا اي قال المتاخرون من مشايخنا تخصيص
القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق
المضاف وهو الظاهر عن اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الايمة الحلواني
مسلة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام الاستاذ ابا علي النسفي
كان يقول نكتم هذا الفصل ولا نفتي به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيودي الى هدم مذهبنا ولو حكما

في دم خطا لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذا لا يحكم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين ولئن كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه خالف رايه ويخالف النص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سيأتي في كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى قوله الا اذا ثبت استثناء من قوله رده القاضي اي رد قضاءه بالدية في حاله الا اذا ثبت القتل بإقراره لان العاقلة لا تعقله واما اروش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا او قضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كان بحيث يتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبت الجناية بالبينة وكانت خطا لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني فقد خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه قوله ويجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود ومثل ان يقول قامت عليك عندي بينة لهذا بكذا او بعدالة الشهود ومثل ان يقول عدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي وبعد ان الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك اذا كانا على تحكيمهما فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا وان اخبر الحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا او حكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل لان اهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر محتاج الى الراي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برايهما وراي الواحد ليس كراي المثنى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام كساير الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى اي متفرقة من شتت تشتيتا اذا فرق ذكر في اخر كتاب ادب القاضي مسائل منه كما في ادب المصنفين ان يذكروا في اخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى او منثورة او متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس ان يؤخرها الى اخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجم وانه لجدير بالتاخير لا محالة واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو وليس لصاحب العلو

ان

101

ان يبني على علوه ولا ان يضع عليه جذعا لم يكن ولا يحدث كنيفا الا برضا صاحب السفل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز لكل واحد منهما ان يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان ابا حنيفة انما منع عما منع اذا كان مضرا واما اذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما بما لا يضر بالاخر فصلا مجمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع لعلة الضرر لصاحبه وقيل ليس ذلك بتفسير له وانما الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عنه الا لعارض الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالا الاختلاف فيما يظهر ثمرة الاختلاف اذا اشكل فعنده لم يجز المنع لان الاطلاق يقيني والضرر لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو لان قرار علوه عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما يمنع حق المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في المرهون والمستاجر والاطلاق بعارض وهو الرضا به دون عدم الضرر فما لم يوجد ذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا قوله على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بنا او نقضه فيمتنع عنه استظهارا الى المنع الاول قبل ذلك قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها سكة طويلة غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة فلهذا لم يكن لقوم ليس لاحد ان يفتح بابا لغرض التمير ولهذا الا ترى انه لو بيعت دار في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان ياخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع عن المرور لا عن فتح الباب لان الفتح رفع لجداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع عن الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله في هذا الوجه فيمتنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ان الزائغة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الفير موضوعا موضع اسم الا الذي جنى يكون لقديس وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزائغة جيء لان الا الذي بذلك الى المثنى والجمع صحيح فيكون حسن وقيل قوله تعالى على ابصارهم اي اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم من الذي غير الله ياتيكم به اي بذلك على احد الوجهين وان كانت الزائغة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه الى اي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده ثم صالحه منها جاز الصلح وهي مسالة الصلح على الانكار وسيأتي الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلوميته شرط لصحة الدعوى الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح دعواه اجاب بان المدعي وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة

في الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع منها ما افضى اليها ولقائل ان يقول رجحها له المدعي اما ان يكون بالعه
صحة الدعوى او لا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا لله لم يصح ذكره في النهاية به نقلا عن الفوائد الظهيرية
وان كان الاول فالجواز الصلح عنه فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام
وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسد لانه لم يجب عليها شيء وطلبه
ازالة الفساد باعلام متعذر لما مدعي فلا يكون رده مفيدا قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه ادعى
دارا في يد رجل انه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانه ملكه بطريق الهبة والتسليم وجحد
دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء اي طلبت منه فجحد الهبة فاضطررت
الى شرائها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه واقام البينة على الشراء ان شهدوا على الشراء قبل الوقت
الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين احدهما من حيث ان المدعي ادعى الشراء بعد الهبة
حيث قال جحدني الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بالشراء قبلها فكانت الشهادة
مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها لانه لو ثبت موجب الشهادة لو وهو تقدم وقت الشراء على وقت
الهبة لانه ح يكون قال بل وهبها لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة
بعد ثبوته بالشراء ولو شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح
التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل
الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة او وقتها
ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم يقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة
ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فكان متناقضا واما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب
عندها فليس بمناقض قيل ينبغي ان لا يقبل في هذه الصورة ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى
شراء ملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل ولو توقف الفسخ في حق المدعي
على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فتبين انها انفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا
يملكه فكان صحيحا قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية
مني هذه الجارية فانكر ان اجمع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه وقيل ان يشهد بلسانه على
العزم بالقلب ان لا يخاصم بيعه وسعه اي حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد
كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له
من الاصل فيتلاقيان معنى فجاز ان يقوم احدهما مقام الاخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة
فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم
على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة
ان تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره
اذا احتمل المحل ذلك الغير كالفسخ والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف
البيع فان قيل بمجرد العزم قد لا يثبت به الحكم لعدم ما له شرط الخيار على الفسخ فان العقد
لا ينفسخ بمجرد نيته اشار المصنف في الجواب فقال ومجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم
بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك
لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة وبه يندفع ما قال زفر انه لا يحل له

وطيها لان البائع متى جاءها من المشتري تعتق على ملكه ما لم يبعها او تقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل
موجود دلالة قوله ولانه دليل الفوات ان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فات رضى البائع
وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فليستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما هو والفرق بين
الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم
على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال
ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة
له عنده او غير ذلك ثم قال انها زيوف صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على ذلك قوله ثم
في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ جامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى فيهما واحد
والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز
الاستبدال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما
تقدم قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ما له حق قبضه
لا على ما ليس له ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المصنف بقوله
والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة وقوله حملا لحاله على ما له حق قبضه مسلم والزيوف له حق
قبضه لانه يتجوز به حقه وانما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد
فلا اقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فدعواه الزيوف لم يكن مناقضا بل هو منكر قبض حقه
والقول قول المنكر مع اليمين والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم وعلم بهذا انه لو اقر
بالجياد وهو حقه او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبهرجة لم يصدق لان قوله
بقبض الجياد صريح في الاول وكذا في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام
ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين ما اذا ادعى عيبا في
المبيع على البائع وانكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي انكر قبض حقه لان المشتري اقر بقبض حقه
وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر والقول قوله فكان من القبيل الثاني اعني المقر
بقبض الحق فلا ترد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب
بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر انه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف
فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو
ان في قوله قبضت ما لي عليه او حقي عليه جملة يعتبر القبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى
الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان علي الف الا مائة واما اذا قال قبضت عشرة
جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل
من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما قال لفلان علي مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا
وان ذكره موصولا كذا هنا قوله وفي الستوقة لا يصدق يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة
لم يصدق لانه من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه
قال صاحب النهاية به ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ولعل في المبسوط في اصل كتاب الاقرار

مايدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم اذا كان مفصولا لم يسمع والستوقة اقرب من الدراهم الى الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة اولى وكان الاعتراض وقع لاجل عن التدقيق في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا او لا لم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير ولا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر احد الجانبين فهم الجانب الاخر بقي الكلام فيما اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بان المنع هناك عن قبول الموصول انما هو لعدم المعارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب او عن المشايخ وقد اختاره المصنف فانه ما عزاه الى شيخ من الشيخ وغيره ما ستنبا الدينا زمدا بينهض لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكانه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال اي رده والنبهرجة بما برده التجار ولعله اردى من الزيف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب ستو وهي اردى من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم قال ______ ومن قال لاخر لك على الف درهم له اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال او بما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان يستقل المقر باثباته اولا والاول يرتد برد المقر له مستقلا لابد لك كما ان المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه نعلى هذا اذا قال لاخر لك على الف درهم فقال ليس لي عليك شي ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شي لان المقر اقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لي عليك الف درهم غير مفيد لانه دعوى فلابد لها من حجة اي بينة او تصديق خصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكر له ان يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان مما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني انه لا ينفرد بالرد كما ان للمقر له ينفرد باثباته والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الاخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب ان لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية يحل وطيها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كان قبل الفسخ وان كان الثاني كما اذا اقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد دون موافقة للمقر على ذلك قال ______ ومن ادعى على اخر مالا له اذا ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شي قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على ما ادعاه

واقام

واقام المدعى عليه البينة انه قضاه او على الابراء قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكر فكان مناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرا منه دفعا للخصومة والشغب الا ترى انه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح على شي فيثبت ثم يقضى ولذا اذا قال ليس لك شي والمسئلة بحالها لان التوفيق اظهر لان لبس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء او الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض اصلا ولو ادلت المسئلة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف بمسئلة الكتاب بعضهم على دعوى القصاص والرق فقال الابري انه لو ادعى على رجل عمدا فلما ثبت عليه اقام المدعى عليه بينة على الابراء او العفو او الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبة جارية فانكر فاقام المدعي على رقبتها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف وانها ادت اليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شي قط ولا اعرفك او ما اشبهه كقوله ولا رايتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء ونبأ واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيومر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل بينته وقيل يقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة قال ______ ومن ادعى على اخر انه باعه جاريته هذه له ومن ادعى على اخر انه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على الشرا فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة واراد ردها على البائع فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف اثبته عن ابي يوسف واشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكره اصلا ثم اقام البينة على القضاء او الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فامكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا ان يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى علي البيع سالته ان يبريني عن العيب فابرأني ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره وذلك يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصور وهو قد انكره فكان مناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ______ ذكر حق كتب في اسفله له اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في اخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه واراد بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية

ذلك ان شاء الله تعالى اي وكتب في كتاب شرا ما ادرك فيه فلانا من درك فعلي فلان خلاصه وتسليمه
ان شاء الله بطل الذكر كله عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا الاستثنا ينصرف الى قوله علي فلان خلاصه
وعلي من قام بذكر الحق والشرا صحيح والمال المقر به لازم لان الاستثنا والاستثنا ينصرف الى ما
يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل لما قصد للاستيثاق لم يكن له هذا الحلف
باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف
الاستثنا الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا واذا لم يكتب
فيه ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد
اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفه رحمه الله ان الكل فيما نحن فيه
كشي واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله
ان شاء الله فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثنا متصلا وعن فرجه بياض لبعض منزله
الانتهاء في الكلام واما اذا ترك فرجه قيل قوله ومن قام بهذا الذكر فهذا لو الا يلتحق به ويصير كفاصل
السكوت وقايلوكتبه ومن قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من لو كله
المقر له بخصومة معه على قول ابي حنيفه فان التوكيل بالخصومة
عنده من غير رضى الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا مجهولا ليس بضاير لانه في الاسقاط فان المقر
لما رضي بتوكيل المقر له من يخاصمه معه لما يلحقه من زياده الضرر بتفاوت الناس في الخصومه فقد
رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهاله جايز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن ابي ليلى
لانه لا يجوز التوكيل بالخصومه من غير رضا الخصم الا اذا رضي بوكاله وكيل مجهول لا عن مذهب ابي حنيفه
فان الرضا بالوكاله المجهوله عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

فصل في القضا بالمواريث

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تاخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال واذا مات النصراني
فجاءت امراته مسلمه ذكر مسلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت
بنا على ثبوته في وقت اخر وهو على نوعين احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال
كحياه المفقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ما الطاحون كما
سنذكره وهو حجه دافعه لا مثبته عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت
امراته مسلمه وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثه اسلمت قبل موته فالقول للورثه
وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث فالحادث يضاف الى اقرب الاوقات
كذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون
ثابتا فيما مضى تحكيما للحال اي باستصحاب الحال كما في جريان ما الطاحونه اذا اختلف فيه
المتعاقدان بعد مضي مده فانه يحكم الحال ولئن كان الما جاريا في الحال كان القول للاجر وهو صاحب
الطاحون وان كان منقطعا كان القول للمستاجر قوله وهذا يعني تحكيم الحال او الحال ظاهر
نعتبره لدفع استحقاقها الميراث وهو صحيح وهو اي زفر نعتبره للاستحقاق وهو ليس
بصحيح عندنا وقد نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث

الاضافه

الاضافه الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان ذلك ايضا ظاهر والظاهر استصحابا كان او غيره
لا يعتبر للاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سنظهر ولو مات المسلم وله
امراه نصرانيه فجاءت مسلمه بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثه اسلمت بعد
موته فالقول قول الورثه ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيمه يودي الى جعله حجه للاستحقاق الذي هي محتاجه
اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله اما الورثه فهم الدافعون اشاره الى معنى اخر
وهو ان في كل مسله اجتمع نوعا الاستصحاب اما في الاولى فلان نصرانيه امراه النصراني كانت
ثابته فيما مضى ثم جاءت مسلمه وادعت اسلاما حادثا فبالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه ان
يبقى هو من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا
فيما مضى هو من النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحابا لحال مثبتا
وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قولهم واما في الثانيه فلان نصرانيتها كانت
ثابته والاسلام حادث فالنظر الى النصرانيه يقتضي بقاها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام
يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول
ليكون دافعا والورثه هم الدافعون فيعتد بهم الاستدلال به وقوله وليشهد لهم دليل اخر وهو
ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث
معتبرا في الدلاله كان ظاهر زفر في المسله الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل
عدمه فالجواب انه معتبر في الدفع لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ولو قيل ينقض
اجمالي وهو ان ما ذكرتم على ان الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى
بالاجر على المستاجر اذا كان ما الطاحونه جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر
والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستاجر على الاجر ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر
واما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما
في النهايه من التطويل قال ومن مات وله في يد رجل اربعه الاف درهم وديعه لرجل
مات ولدي بيد رجل اربعه الاف درهم وديعه فاقر المودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي
به وكان عليه يدفعه الى المقر له لانه اقر ان ما في يده حق الوارث وملكه خلافه ومن اقر بملك شخص عنده
وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصاله بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع
بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يومر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا
على مال الغير ولقايل ان يقول كان الواجب في المسله الاولى ان لا يومر بالدفع لجواز قيام حق
الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافه الوارث
متاخره عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقرار متيقن وما يوجب قيام
حق الميت في المال متوهم فلا يوخر المتيقن به فاذا امتنع في الوديعه حتى هلكت هل يضمن
او لا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من
المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله وان سلمها هل له ان يستردها قيل لا يملك ذلك

لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف الديون اذا اقر بها لكل غريم بالنقض حيث يؤمر بالدفع الاخر
لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو اقر المودع
بعد الاقرار الاول لرجل آخر بانه ابنه ايضا للميت وانكر الاول ذلك ليس له ان يغرم شيئا قضي بالمال
للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثاني يكون
اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذبه احد
فصح اقراره وحين اقر للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان المكذب غير معتبر لانه لا يوثر
في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادى للاول واجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء
كالذي اقر بتسليم الوديعة من القاضي بعد ما اقر لغيره من اقوله القاضي وقد يعدم في ادب القاضي
واما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار قال
واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة اذا احضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات
وتركها ميراثا له فاما ان يقر به ذو اليد اولا فان كان الثاني واقام على ذلك بينة
فهو على ثلاثة اوجه احدها ان يشهدوا انه تركها ميراثا له فاما ان يقر به لوارثه ولم يعرفوهم
ولا عددهم وفيه لا يقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم
ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني
انهم شهدوا انه ابنه ووارثه لا يعرف له وارثا غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير
تلوم وسنذكر بالالحاق والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا
على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا
على قدر ما يرى وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت بينهم
وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان
ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة
يدفع اليه اوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله واقلهما وهو الربع والثمن
عند ابي يوسف رحمه الله وقول ابي حنيفة رحمه الله مضطرب فاذا كان ممن لا يحجب ودفعت
الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل اذا دفع اليه قال ابو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به
الى الظلم فقيل اراد به ابن ابي ليلى وقالا له ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق
لكون الاول حجة فامر لها ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ترك الاحتياط والاحتياط في
اخذ الكفيل فيحتاط القاضي باخذه كما اذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل اثبت
عنده انه صاحبه فانه ياخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امراة الغائب اذا استوثق منه بحلفه
وله عند الثاني وديعة يقربها المودع وبقيام النكاح فانه يعرض لها النفقة وياخذ منها
كفيلا ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا او لم يكن له وارث آخر بيقين

يتلوم القاضي زمانا

او

او ظاهرا لان كان له وارث آخر فالواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده
من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر لموهوم كما اذا اثبت الشراء
من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي
من غير كفيل وان كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر
لحق موهوم الى زمان التكفيل قوله ولان المكفول له دليل آخر على عدم جواز اخذ الكفيل وذلك
لما يعدم ان جهالة المكفول له يمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء
فان قيل اذا اقر به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول اجيب
بانه اذا اقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان خطيئة ان ثمة مالكا لا محالة وان لم يكن ذلك
بيت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمرتاشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال
الحاكم ياخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا الميت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي من الميت
غير متصورة وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تاخير لحق ثابت
قطعا او ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على ان التاخير جائز واجيب بان التلوم ليس لحق الموهوم
بل انما هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق
عليك تقوم مقامه قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست
بنفيها لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي تقوم مقامه
اما لو ذلك في حقه وليس ثمه طلب شيء زائد ما يستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة
جواب عما استشهدا به من المسائل اما مسالة النفقة فلان المكفول فيها لحق ثابت وهو ما ياخذه الحاكم
من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم ايضا فصحت الكفالة واما الآبق واللقطة
ففي كل واحد منهما روايتان قال في رواية لا احب ان ياخذ منه كفيلا وقال في رواية احب ان
ياخذ منه كفيلا قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة فلا يصح القائل
ح وقال العتابي ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامته فيه يحمل
بالاجماع قال المصنف لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنعه قوله وقوله اي قول ابي حنيفة
ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكر تمهيدا لما ذكر بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد فيه
يكشف عن ابي حنيفة رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب ويعرف ان مذهب اصحابنا المتقدمين
براء عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد مصيب وادعاه ان ذلك مذهب ابي حنيفة
واصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى قال واذا كانت الدار
في يد رجل وادعى يد رجل اقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان
الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يوخذ من ذي اليد كفيل
وهذا اي ترك النصف الآخر في يد من هو في يده عند ابي حنيفة رحمه الله واما عدم الاستيثاق بالكفيل
فهنا بالاجماع وقالا ان كان في يده الذي ان كان جاحدا اخذ منه النصف الآخر وجعل في يد امين
وان لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خائن والخائن لا يترك المال في يده والمقر امين فيجوز ان يترك

التكفيل

هب صح

بلغ

المال بيده ولابي حنيفة رحمه الله ان القضاء وقع للميت مقصودا فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه
ومن وقع له القضاء يعتبر فيه المقضي بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا يعتبر يده
من هو غير مختار له وانما قال واختيار كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس
بقطعي واختيار ذلك يفيد المطلوب فاكتفي به كما اذا كان في يده مقرا فانه انما يترك الباقي
بيده لذلك قوله ومجهول جواب عما ذكراه ووجهه ان الخيانة بالمجهول اما ان يكون باعتبار ما مضى
او ما سياتي والاول قد لا تقع نقضا القاضي فكذا الاتزمه والثاني ظاهر العدم لان الحادثة لما صارت
معلومة للقاضي وليس بيده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر ان لا يجحد في المستقبل لعله بعدم القابلية
كلا احتمال موت القاضي والشهود ونسيانهم للحادثة واهراق الخريطة امور محتملة فكان المجهول محتملا
لان ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمسألة بحالها فقد قيل ينزع من يده النصف
الاخر بالاتفاق والفرق بينه وبين العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ
فالنزع ابلغ فيه اما انه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل
واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما جحد من بيده ربما تصرف لخيانته او لزعمه
انه ملكه واذا انتزعه الحاكم ووضعه في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار
فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم
على الصغير وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه وقيل المنقول
على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة فيه اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا
ترك في يده كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ
في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من بيده ربما يتصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه
ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت
بمقتضى ثبوت الخلاف في العقار فيسقط الفرق قوله ولا يؤخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق
منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده الباقي لا يسمح نفسه باعطائه والقاضي
يطالبه به فتنشا الخصومة والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل هب ان القاضي لم
ينصب لذلك ولكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحمله باعطائه قلت يجعل
تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو شرع لقطع الخصومة ورفعها
فما فرضناه رافعا للشيء كان منشيا له هذا خلف باطل واذا حضر الغائب اختلف المشايخ في
وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال لا بد لك على ما سبق قول ابي حنيفة في القصاص
اذا اقام الحاضر البينة على انه قتل اباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من قال لا
وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن
الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الكل بيده كما سيجيء دينا كان او عينا لان المقضي له
وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيل بالخصومة
اذا غاب احدهما كان للاخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على احدهم دينا على الميت واقام
عليه البينة يثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة

ولعل دليلا لان ... او صحه
عايبه ... بعد مع
... ثابت وعليه
القصاص وهو
... حط

رجل

يثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت
لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه
فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره وللقائل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره
فيما زاد ولا محظور فيه وجوابه ان السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما
كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين للميت
او عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه ولعوض حاصر وقوله الا انه استثناء
من قوله لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة
دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان
خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال ومن قال
مالي في المساكين صدقة فهو رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع
ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب
او لا لان المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا لو اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين
محيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس
ما تجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار
والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس
في الاول ايضا ان يقع على كل شيء كما قال به زفر لان اسم المال عام لتناول الجميع ووجه الاستحسان ان
ايجاب العبد معتبر بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مبتدأ به كيلا ينزع الى الشركة
وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف
حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس
الوقوف بعرفات او لانه في معنى الصلاة لانه انتظار اوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة
والمنتظر للصلاة كانه في الصلاة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث انها
تفيد الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال فكذا الوصية قوله ولان الظاهر
دليل اخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة لان الحق سمه
مظنة الحاجة الى ما يقوم به حوائجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء
عن الاموال فينصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب
الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من
جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة ولا تدخل عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفة مع محمد رحمهما الله
لانه اي الارض العشرية والبذر لبذكر ان الخبر سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت
مثل عبد الخدمة واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه تمحض مؤنة لان حرف فيه القتال وفيهم
الاغنياء ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال زكويا او غيره وهو رواية ابي يوسف

عن ابي حنيفة ذكرها في الامالي لان ما املك اعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره تعالى
ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال واذا كان اعم
ينصرف للعزا اموال الزكوة ايضا اظهارا لزيادة عمومه فان قيل الصدقة مختصة بالاموال
مقيدة في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية
اجاب بان المعتبر ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا تخصيص في لفظ الملك
فيبقى على العموم وفيه نظر لانه لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع و الصحيح
انهما اي لفظ مالي وما املك سواء فيما يختص فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار
الامام شمس الايمة السرخسي لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة قال في النهاية
لزحوله على ما مرا اشاره الى ما ذكرنا من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر
بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والمعتبر ايجاب الشرع وهو
بلفظ المال ولعله اشاره الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماليه وهذا زياده
وقيل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته
لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق
بماله ويسال الناس من يومه ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك ولم يبين محمد في المبسوط
مقدار ما يمسك لاختلاف احوال الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل المحترف يمسك
قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت
والبيوت التي توجرها الاجرة لشهر لان يده تصل لما ينفق شهرا فشهرا وصاحب
الضياع لسنته لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر
ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر
ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي اخت الميراث قال
ومن اوصى اليه ولم يعلم وجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا
انفا ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي وبيعه جايز واذا
وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف انه اعتبر الاول بالثاني لان كل واحد
الانابة اي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله فكما لم يجز تصرف
الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية
خلافة لا انابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف
كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة
لقيام ولاية المستنيب والانابة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة
الموكل وفي الاول لو توقف فات لعجز الموصي فان قيل اذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان
ولم يعلم به القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الرواية ووجه الفرق

ووجه الفرق على رواية الجواز انه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة ثبت قصدا ولهذا كما اذا
قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فانه فيه روايتان في احديهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن
لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس
بذلك سواء كان بالغا عاقلا عدلا او غير ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام
امر اي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة
فلا يثبت حتى يشهد عليه شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سوا
لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة
ولابي حنيفة رحمه الله انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام واما انه
ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى
كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما لبس في معناهما ونظرا الى ما فيه من نوع الزام
كان في معناها فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالوجهين بخلاف
الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف
رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال
اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله قوله وعلى هذا الخلاف يعني الذي
ذكرنا بين ابي حنيفة وصاحبيه في اشتراط احد شطري الشهادة فيما فيه الزام المسائل المذكورة قال
في النهاية انها ست مسائل تلك منها ذكرها محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر والسادسة
ذكرها المشايخ عليهم والمصنف ترك منها خمسا اما الاولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية
على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل او اثنان
ثبت الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا وكذبه لم يثبت عنده خلافا له وقيد بقوله من تلقاء
نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني
اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف فيه بعد عتق او بيع كان اختيارا منه
للفداء وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك وان لا فعلى الاختلاف عنده لا يكون اختيارا خلافا
لهما والاولى من النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من الفرائض لزمته ويجب
القضاء وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الايمة السرخسي جعله رسول رسول الله
صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانيتها الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت وان
اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة اذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فان اخبرها
اثنان او عدل كان رضا بالاتفاق وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال واذا باع القاضي
او امينه عبدا للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبد الميت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن
فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي
والقاضي قائم مقام الامام والامام لا يضمن كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ويرجع المشتري
على الغرماء لان البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع

على العاقد كما اذا كان العاقد صبيا محجورا او عبدا محجورا عليه وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء ولو امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه الميت فظاهر ولو اقامه القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه ليبيع عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باع الميت بنفسه في حيوته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم ولو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه اي باخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال فيه اختلاف قالوا يجوز ان يرجع بذلك ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فصل اخر

جمع في هذا الفصل مسايل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول او لا قال واذا قال القاضي قد قضيت له اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله ما لم تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي ان لا يعمل بكتابه ايضا الا انهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك انشاءه لان المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن تمكن من الانشاء عما اخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه متمكن من ذلك بحجة ام بدونها والثاني ممنوع والاول يحتاج الى عين ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من اولي الامر وطاعة اولي الامر واجبة ومن تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا ابدا اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا انتهى الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطا لعلمه والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق ولو كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لتهمة الخطا فان احسن تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنى كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا او الشبهة بمنزلة عدمها ولو كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا في الجهل والخيانة في الفسق قال واذا عزل القاضي فقال لرجل لما فرغ من بيان ما يخبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا اخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى واسند الى حال ولايته فلا يخلو اما ان يصدقه فيما قال فلا كلام فيه او يكذبه في حقيقته وصدقه في كونه من زمن الولاية او يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال الاخر قضيت بقطع يدك

في حق

في حق فعال الماخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلما فالقول قول القاضي عليهما لما تواققا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه يثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو اقر القاطع والاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشيء صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الاخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الاخذ فكذا ههنا وكذا اذا كان امره بالقطع معاينا في حال القضاء ولو قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر ان حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت واعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته للحالة المنافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة مما على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذه الحال فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما في الاولى فقد تصادقا ان فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق قال الاخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقول القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال باقيا في يد الاخذ واقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدقه الماخوذ منه المال في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه لان الاخذ اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شاهدا لم يرد

باب الشهادات

ابراد هذا الكتاب عقيب باب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى الشهادة والشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة ما تحتاج انها مامور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبي عن المعاينة وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة كمجلس بشهادة والاخبار الكاذب وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم ولفظة الشهادة لم يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معاينة

مما يتحملها له ومشاهدته مما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب ادايها اما طلب المدعي منه الشهاده او خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولايه والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه وللاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العداله لترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستماع جعلت موجبه قال الشهاده فرض يلزم الشهود اي الشهاده فرض يلزم الشهود بحيث يأثمون بكتمانه اكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلاله على انه يأثم بالكتمان باكد وشرط طالب المدعي تحقيقا لسبب الادا على ما مر واستدل بقوله تعالى ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا اي لتحمل الشهاده او لتحملوها وسموا شهدا باعتبار ما يؤول اليه وهو بظاهره يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى ولا تكتموا الشهاده ومن يكتمها فانه اثم قلبه وهو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغه والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الاخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان اللاكتمان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالامر وما لم يجب لا يثبت فكان الاظهار الادا واجبا قال في النهايه النهي عن الشي لا يكون امرا بضده اذا كان له اضداد واما اذا كان فهو امر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه امر بضده وليس ما صحيح من المذهب لما عرف في اصول الفقه وانما يشترط طلب المدعي لانه حقه فيتوقف على طلبه كساير الحقوق ويتوقف بما اذا علم الشاهد الشهاده ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهاده ولا طلب ثمه والجواب انه الحق بالمطلوب دلاله فان الموجب للادا عند الطلب احيا الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به قال تقدم انما الطلب المدعي سبب لادا الشهاده لو هو خلاف ما ذكره المصنف بقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الادا وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفه حينيذ فان قلت لما تجعله شرطا وقوله تعالى ولا ياب الشهدا ولا تكتموا الشهاده سببا قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس قال والشهاده في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار ش الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبه الله فيقام عليه الحد وبين ان يتوقى عن هتك المسلم حسبه الله والستر افضل نقلا وعقلا اما الاول فقوله صلى الله عليه وسلم للذي يشهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي روايه بردايك لكان خيرا لك وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخره وما نقل من تلقين الدرا عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم فان فيها دلاله ظاهره على افضليه الستر مثل الاخبار معارضه لا طلاق الكتاب

واعلم

واعلم ان لا نسخ لا طلاقه وهو الا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الايه محموله على الديانه لنزولها فيها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق لزوال القدر المشترك فيما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجازت الزياده به وقيل لان الخبر الاول ورد في ماعز وكانت مشهورة يجوز الزياده به وفيه نظر لان شهر حكايه ماعز لا يستلزم شهرة الخبر الواحد فيها بالستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمه خوف فوات الحق فيقتضي صيانه عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك لوله الا انه يجب ان يشهد استثنا من قوله يخير وهو منقطع لان الشهاده بالمال ليست بداخله في الشهاده في الحدود وانما يجب ذلك لان فيه احيا الحق المسروق منه فيقول اخذ ولا يقول سرق محافظه على الستر ولانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحدهما حق الله والاخر حق العبد والستر الكلي ابطال له وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله الغني على حق العبد المحتاج فلا يجوز فتعين الشهاده على المال دون السرقه قال الشهاده على مراتب ش الشهاده على مراتب رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكم فمنها الشهاده في الزنا يعتبر فيها اربعه من الرجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشه من نسايكم فاستشهدوا عليهن اربعه منكم ولقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعه شهدا ولفظ الاربعه نص في العدد والذكوره واما الاسلام والعقل والعداله فقد تقدم اشتراطها واما اشتراط الاربعه فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا يقبل شهاده النسا لحديث الزهري مضت السنه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما من بعده ان لا شهاده للنسا في الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر ولان في شهادتهن شبهة البدليه لقيامها مقام شهاده الرجال في غير الحدود قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثه ايام وانما قال شبهه البدليه لان حقيقتها انما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالايه الثانيه وليس شهادتهن كذلك فانها جايزة مع امكان العمل بشهاده الرجلين واذا كان فيها شبهه البدليه لا يقبل فيما يندري بالشبهات ومنها الشهاده ببقيه الحدود كحد الشرب والسرقه وحد القذف والقصاص تقبل فيها رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فانه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكوره والبلوغ خلا ان باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله قوله ولا يقبل فيها شهاده النسا يجوز ان يكون جوابا عما يقال ما لايه هذه عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وليست شهادتهن فيها مقبوله ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن اوجب فعدم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهه البدليه في شهادتهن فان قلت

وتخفيفهما

شهادة

بشهادة بعمومه

ما مسلك الحديث من الاية ههنا التخصيص ام نسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة
الزنا من تعدد وهو اما التخصيص ان ثبتت المقارنة او النسخ وقول الزهري مضت السنة
من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان
مشهورا يجوز الزيادة به قال وما سوى ذلك من الحقوق وما سوى المرئيس من تعينه
بلغ
الحقوق مالا كان او غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية اي الوصاية لانه في تعداد غير المال
ونحو ذلك يعني العتاق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين بما تلونا وقال الشافعي رحمه الله
لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة
والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل
واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم القبول
لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها مستثناه من ذلك الاصل
في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا
واقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح
والتعديل والعفو عن القصاص ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما ينبني عليه اهلية
الشهادة وهو المشاهدة التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء
والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ولكون القبول اصلا فيهن تقبل اخبارها
في الاخبار ولقائل ان يقول ما ذكرتم ما ينبني عليه اهلية الشهادة اما ان يكون علة لها او شرطا
لا سبيل الى الاول لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء
ليست بعلة لذلك اجماعا ولا الى الثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم
من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة اهلية شرعية تحصل
بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ واما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة
لها وانما هي علة الاهلية لقبولها فانا لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية
والذكورة ايضا وفات احد الامور المذكورة المشاهدة والضبط او الاداء الذي يعبر
بلفظ الشهادة لم تقبل شهادته واذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها
وهو القبول وعلى هذا يقدر في كلام المصنف مضاف اي اهلية قبول الشهادة وقوله ونقصان
الضبط جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال ان ذلك بعد
التسليم انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ
بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها
اما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتها مع الهزل واما الوكالة والايصاء والاموال فانه يجري
فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وهو دل على ثبوتها مع الشبهة فكذلك
يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن
قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف

وبيان

وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو
حاصل لجميع افراد الانسان في مبادئ فطرتهم والثانية ان يحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات
فيتهيأ لاكتساب النظريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان يحصل
النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة
ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف منها
وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات واستعمال الحواس في
الجزئيات وبالتنبيه ان شئت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال
في الاركان وليس كذلك وقوله صلى الله عليه وسلم ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن
للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني ايضا فتامل وقوله وعدم قبول الاربع جواب عن قوله
ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضي قبول ذلك ايضا لكنه ترك ذلك لئلا يكثر خروجهن
قال وتقبل في الولادة والبكارة اختص قبول شهادة امراة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب
بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصر افراد وقصر الموصوف على الصفة لا عكسه
كما زعمه صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما
لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمه معهود
يصرف للجنس فيتناول الواحدة وما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع
بناء على ان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة ذات قوله ولانه دليل يحتمل لساوجهه ان
الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الجنس اخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر
فيصار اليه الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام واعترض بان في هذا التعليل نوع مناقضة
لانه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلث احوط من نظر الواحدة
والجواب ان يقال خفة النظر يوجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام يقتضي وجوبه
فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا ثم حكمها اي حكم شهادة امراة واحدة في الولادة شرحناه
في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لستة اشهر
فصاعدا فجحد الزوج الولادة يثبت الولادة بشهادة امراة واحدة واذا قال لامراته اذا ولدت فانت طالق
فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله لان الولادة لا تطلق وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت
من غير شهادة عند ابي حنيفة يعني تثبت الولادة بقول امراته وعندهما يشترط شهادة القابلة واما حكم البكارة
فانها سواء كانت مهرية او مبيعة لابد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرن اليها
وشهدن فاما ان يتايد شهادتهن بمؤيد او لا فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لابد ان يقيم
البينة بما يويدها فعلى هذا اذا شهدن بانها بكر فان كانت مهرية يؤجل العنين سنة ويفرق بعدها لان
شهادتهن تايدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك
ويقتضي البيع وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ قوي
وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد باعها

وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل يرد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث اجاب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فان المشتري اذا ادعى عيبا في المبيع لا بد له من اثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان القول للبائع لتمسكه بالاصل فاذا قلنا انها ثيب تأيد قيام العيب في الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على انه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند ابي حنيفة رحمه الله غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلاة مقبولة لانه من امور الدين وشهادتهن فيه حجة كشهادتها على هلال رمضان وعندهما في حق الارث ايضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرونها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا يعتبر شهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النسوان ولا بد في ذلك كله من العدالة كما لا بد في المال ونحوه مما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهذا احسن ما قال الاصحاب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت اما اشتراط العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المعينة للصدق حتى علم الحجية بها وما سواها فمعدوم لان من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها ذا قدر وشرف في الناس ذا مروءة فانه تقبل شهادته وفيه تلخيص لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروءة كان او لا اصح لان قبولها اكرام للفاسق ونحن امرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروءة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان في لفظة الشهادة زيادة توكيد لدلالتها على المشاهدة ولان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديله بما هو اصرح فيه وقوله في ذلك يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى شرط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيها من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فاذا اتم النصاب للشهود فلا يخلو اما ان يطعن الخصم او لا فان كان الثاني قال

بان العيب صح

ع

قال ابو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ويروى مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما اشرنا اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لما ان الظاهر ان قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول وهلم جرا فيدور او يتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك ان دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود رجحت الدعوى لذلك وبظاهر العدالة اندفع معارضة الانكار فكان دافعا وقوله الا في الحدود والقصاص استثناء من قوله ولا يسأل حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنهم عسى يطلع على ما يسقط به ذلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعريف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة اجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولا وهما اجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك ابو حنيفة لقال بقولهما ولهذا قال والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال ثم التزكية في السر اعلم ان التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى ان يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام الى المعدل مكتوبا فيها النسب والحلي بكسر الحاء وضمها جمع حلية الانسان صفته وما يرى منه من لون وغيره والمصلى اي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي ان يبعث الى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس لا مختلطا بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك او يقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة او فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل الى الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع او يقصد الخداع والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد

فيقول المعدل هذا الذي عدلته فيشير الى الشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصان
قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم
لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى ووقع الاكتفاء
بالسر في زماننا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى يروى عن محمد انه قال تزكية
العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد للمعدل ان يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل
وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار قال المصنف وهذا اصح لان في زماننا
كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسال القاضي عن اسلامه وحريته
وانما يسال عن عدالته قال ابو حنيفة رحمه الله على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على
قول من يقول بالسؤال اذا سال لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم اخطاوا او نسوا
ويقبل اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز
تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الاخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده هذا اذا كان عدلا يصلح مزكيا
فان كان فاسقا او مستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال هم عدول
لا يصح هذا التعديل لان العدالة شرط في المزكي عند الكل ووجه ظاهر الرواية ان في زعم المدعي وشهوده
ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لا لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق
ولقائل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست
بشرط في المقر بالاتفاق والجواب ان المصنف قال موضوع المسئلة اذا كان هم عدول الا انهم اخطاوا
او نسوا ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار
على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب انه لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطا
والنسيان فانى يكون اقرارا قال واذا كان رسول القاضي واذا كان رسول القاضي الذي
يسال عن الشهود بلفظ المبني للمفعول واحدا جاز والاثنان افضل عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان ذكر في شروح الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي
ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسول
المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضا
تبتني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية القضا تبتني على ظهور التزكية واذا كانت
في معناها يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط الذكورة فيه في
الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه
لفظة الشهادة ومجلس القضا فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة
امر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيه لان انقطاعه انما

يكون

انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يعتبر العدد المشروط
لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها الى التزكية فان قيل فيلحق بها
بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب انما الحق لو كان في معناها من كل وجه وليس
كذلك بالاتفاق لتعذر الالحاق والتعدية جميعا قال ولا يشترط اهلية الشهادة في تزكية
السر لا تشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة فيصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه فاما
تزكية العلانية فهو شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد
في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية
والجواب ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد
شرطا في احدهما دون الاخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف رحمه الله قال في الخلاصة
ان يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية

فصل لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين
احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل
وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم او راى ما كان من
المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو
الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من
شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل
العلم بالموجب ركنا في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال
شروط واذا موضوعة للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة
احتياج الاداء اليه قال ويقول اشهد انه باع لانه اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها
واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار
من وراء الحجاب لا يقبله لان النغمة وهو الكلام الخفي يشبه النغمة والمشتبه لا يفيد
العلم فانتفى المطلق للاداء وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان
دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع
اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان فانه جاز له ان يشهد حينئذ
وكذا اذا راى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب وليست رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة
لانه حصل العلم في هذه الصورة قال ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه اه النوع الثاني
من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد بها فاذا
سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهد على شهادته لان الشهادة اي شهادة
الاصول موجبة بالنقل الى مجلس القضا ولم يكون النقل الا بالانابة والتحميل والاول اشارة الى مذهب

الى بد من محمد رحمه الله فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل و الثاني اشارة الى مذهب
ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله فانهما لم يجعلا بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام
فخر الاسلام اما على قول ابي حنيفه وابي يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح بعيان
ما هو حجة و الشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فتبين
ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لانا سلمنا ان النقل
لا بد منه لكن توقفه على التحميل يحتاج الى بيان فلو سلكنا فيه ان يقول الشهادة على الشهادة تحميل
لانا لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد تم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد يشهد الشاهد على شهادته
لم يسع له ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الشاهد
اذا راى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط و المشتبه لا يفيد
العلم كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفه رحمه الله بنا على انه لا يعمل بالخط و يشترط الحفظ وهذا
تعلقت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الادا وعندهما يحل له ذلك رخصة
وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا
عنده فاثبته في قمطره اي خريطته وجا المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم او قضيته اي وجد قضيه
حكمه مكتوبا في خريطته كذلك فان ابا حنيفه رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي
لكثرة اشتغاله يعجز عن ان يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز له
الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قمطره تحت ختمه فالظاهر انه لم يصل
اليه يد مغيره و القاضي مامور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا
الاختلاف اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت فانه
قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل عند ابي حنيفه خلافا لهما قال ولا يجوز للشاهد
ان يشهد بشي لم يعاينه الا النسب قد تقدم ان العلم شرط ادا الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشي لم يعاينه الا النسب
والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشيا اذا اخبره من يثق به وهو
استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم هنا
في اول الكتاب وذلك بالعلم اي المشاهدة وكانه من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز ان
يكون معناه المشاهدة يكون بسبب من اسباب العلم ولم يحصل فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد
ان يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة ووجه الاستحسان ان هذه الامور الخمسة لو لم تقبل فيها
الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس
لا يطلع عليها الا هم وقد تتعلق بها احكام تبقى على انقضا القرون كالارث في النسب والموت والنكاح
وثبوت الملك في قضا القاضي وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول
فلو لم تقبل فيها بالتسامع ادى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع لانه ما يسمعه كل احد فان قيل
هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه اجاب بقوله

وانما

وانما يجوز للشاهد يعني لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك
بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد فيمن يثق به يشترط وهو ان يخبره
رجلان عدلان او رجل وامراتان ليحصل له نوع علم وهذا على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
واما على قول ابي حنيفه فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر
واذا ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب
زيادة علم شرعا لا يوجبها لفظة الخبر وقيل يكتفي في الموت باخبار واحد او واحدة لان تواجيها
بين الموت والاسباب الثلثة اي النكاح والولادة وتقليد الامام لان الغالب فيها ان يكون بين
الجماعة في الغالب وكذلك تقليد الامام القضا واما الموت فانه يبتلا هو غير الواحد اذ الانسان
يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح قوله وينبغي ان
يطلق ادا الشهادة بيان لكيفية الادا وينبغي ان يطلق ذلك فيقول في النسب اشهد ان فلانا ابن
فلان كما نشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما ابن ابي قحافة والخطاب ولم نشاهد شيا من ذلك فاما
اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل كما ان معاينة اليد في الاملاك يطلق الشهادة
واذا فسر انه انما يشهد لانه راه في يده لا تقبل كذلك هذا ولو راى انسانا جلس مجلس القضا
يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاين تقليد الامام اياه واذا راى رجلا
وامراة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما الى الاخر انبساط الازواج جاز له ان يشهد بانها امراته فان
ساله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد بالتسامع كما يشهد
بامهات المومنين ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الرواية اولى وقيل لا يقبل لانه لما قال
لم يعاين العقد تبين للقاضي انه يشهد به بالتسامع ولو قال اشهد لاني سمعت لا يقبل وكذا هذا ومن
شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسره للقاضي قبله لانه لا يدفن
الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قالا نشهد ان فلانا مات اخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما
هو الاصح واما الشهادة على الدخول بالشهرة و التسامع فقد ذكره الخصاف انه يجوز لانه امر
يتعلق به احكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله ثم قصر الاستثنا في
الكتاب بيان ان الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب او لا ففي ظاهر الرواية
محصورة وعن ابي يوسف اخرا انه يجوز في الولا لانه بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم
الولا لحمة كلحمة النسب والشهادة على النسب بالتسامع جايزة كما مر فكذا على الولا الا يرى انا نشهد
ان قنبر مولى علي وعكرمه مولى ابن عباس رضي الله عنهم وان لم يدرك ذلك وعن محمد انها
تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار والجواب عن قول ابي يوسف ان الولا يبنى على
ازالة ملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام يسمعه الناس وليس كالولادة فلا
حاجة فيه الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الايمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع

لا تقبل بالإجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ إلى أنها لا تحل بالتسامع مطلقاً ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في أصله وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي دون شرائطه لأن أصله هو الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة قال ومن كان في يده شيء رجل رآه عليه فإنه في يده كما في يده شيء سوى الرقيق ... وسعه أن يشهد بأنه للمدعي لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فإن الإنسان ولو عاين السبب أو غيره من الأسباب لا يعلم ملك المشتري إلا بملك البائع وملك البائع لا يعلم إلا باليد وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالإجماع فإنها لم تحجر على اليد انسداد بابها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له لأن الأصل في الشهادة العلم بالنص وعند إعوازه لا بد من الرأي ولا يشهد به القلب لو احتمل أن يكون هذا أي ما ذكر من شهادة القلب تفسير الإطلاق محمد في الرواية وهو قوله وسعه أن يشهد أنه له يعني إذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافياً في الشهادة لو قبلها القاضي إذا فسرها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك وأجيب بأن جهلنا العيان مجوز للشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا وأما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلتزمه ولهذا قلنا إن الرجل إذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك يبيعها ويؤجرها ويرهنها وأراد واحد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند إنكار المشتري أن يكون الدار ملك الشفيع لأن العيان ليس سبب الوجوب وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف إليها والجواب أن التصرف كذلك وضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم ثم هذه المسألة على وجوه أربعة بالقسمة العقلية لأنه إما أن عاين الملك والمالك أو لم يعاينهما أو عاين الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك فإن كان الأول بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد لأنه شهادة عن علم وإن كان الثاني وسمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا ولذا لا يشهد لأنه مجازفة في الشهادة وإن كان الثالث وهو أن عاين الملك بحدوده بالنسبة لفلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس أن لا تحل له الشهادة لأنها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان تحل لأن الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم الأمرين أن صاحب الملك أن كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبارات هذه وتصرفها بنفسها تحول أن الشهادة بالملك مبطلاً للحقوق ولا يجوز ذلك وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الأموال وهي باطلة وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصداً وهو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وإن كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به

قوله

قوله وأما العبد والأمة مردود لأن قوله سوى العبد والأمة يقتضي أن الرجل إذا رأى عبداً أو أمة في يد شخص فلا يخلو إما أن يعرف رقهما أو لا فإن كان الأول حل له أن يشهد أنهما ملك من هما في يده لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه وإن كان الثاني فإما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما أو كبيرين فإن كان الأول فكذلك لأنه لا يد لهما على أنفسهما وإن كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلاً عبر بالغ كان أو بالغاً فلا يصح الاستثناء بقوله سوى العبد والأمة فإن العبد في ذلك لا يدل على الملك لأنهما في أيدي أنفسهما وذلك يدفع يد الغير عنهما حتى أن الصبي الذي يعقل لو أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المولى ما يصنع بمملوكه واعترض بأن الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر ممن يدعي رقهما وأجيب بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر وإنما المعتبر ذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثياب وكذا روي عن أبي يوسف ومحمد جعلوا اليد دليلاً على الملك في الكل ألا ترى أن من ادعى عبداً أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لأن الظاهر يشهد له فقام مقامه كما في الثياب والدواب والفرق ما بينا وهو قوله لأن لهما يداً على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من يسمع منه الشهادة ومن لا يسمع وقدم ذلك على هذا لأنه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولأنها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجته بترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق فإن من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه أيضاً فكان متهماً بالكذب وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة بها يتهم بإيثار المشهود له على المشهود عليه كالولاد وقد تكون لخلل في أداء التمييز لعمى المفضي إلى تهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فإن لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون قال ولا تقبل شهادة الأعمى شهادة الأعمى إما أن تكون في الحدود والقصاص أو لا فإن كان الأول فليست بمقبولة بالاتفاق وإن كان الثاني فإما أن تكون فيما يجري فيه التسامع كالنسب والموت أو لا فإن كان الأول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة وإن كان الثاني فإن كان بصيراً وقت التحمل والمشهود به منقول قبلت عند أبي يوسف والشافعي وإن استغنى أحدهما لم يقبل بالاتفاق فالمعتبر عند أبي يوسف الإبصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمي بعد الأداء قبل القضاء امتنع القضاء أما عدم القبول في الحدود والقصاص فلأنها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الأعمى يقام مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير وأما وجه قول زفر أن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه والجواب أن من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون وسيأتي جواب آخر وأما وجه قول أبي يوسف والشافعي حصول العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والأداء إنما يكون بالقول ولا خلل في القول لأن لسانه غير آفة فكان المقتضي لصحة التحمل والأداء موجوداً والمانع وهو عدم التعريف منتف لأن التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة له على الميت إذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكرا النسبة والجواب لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنا لا نسلم أن القول يستبد بتحصل الأداء بل الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له

والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه اى في النغمة شبهة ولا الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجلس الشهود
كان بالمشهود البصير كيشوة فيهم غلبة عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض
بالشهادة على الغايب لاجل كتاب القاضي الى القاضي فانها تقبل ولا اشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور
بخلاف الاعمى وفي قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجلس الشهود غير ممكن
لان المدعى ولا استكشف من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه
او غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبر النغمة مميزا للاعمى فيما هو اعظم خطرا من الاموال
وهو وطي زوجته وجاريته فانه لا يميزهما عن غيرهما الا بالنغمة وذلك تناقض وتقرير ذلك ان الاحتراز
عنها بتعرفها غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان انتفاءه
بحصول التعريف بالتسمية والنسبة لتعريف الغايب دون الحاضر وفيه اشارة ايضا الى الجواب
عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون التسمية غير مفيد للتعريف واما وجه ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله لمنع القضا بالعمى الطاري بعد الادا فهو ان شرط القضا قيام اهلية الشهادة وقت القضا
لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على
ان الشاهد اذا خرس او جن او ارتد بعد الادا قبل القضا لا يقضي القاضي بشهادته والامر الكلي
في ذلك ان ما يمنع الادا يمنع القضا لان المقصود من ادايها القضا وهذه الاشيا تمنع الادا بالاجماع فتمنع القضا
والعمى بعد التحمل يمنع الادا عندهما فيمنع القضا وعند ابي يوسف لا يمنع الادا فلا يمنع القضا قوله
بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضا شرط فان الشاهد
اذا مات او غاب قبل القضا لا يمنع القضا ولا اهلية عنده ووجه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت
والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة
ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاولى ان لا يكون له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف
وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ووجه الاستدلال ان الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له
والمنصوص عليه ما هي القبول في وقت ما ولا معنى لقوله لهم للمحدودين في القذف وبالتوبة
لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد
وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالاصل قوله بخلاف المحدود في غير القذف
جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى واوليك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل
شهادته كالمحدود في غير القذف ووجه ذلك ان رد الشهادة ثم ان كان للفسق زال بزواله بالتوبة فتقبلت
كالمحدود في غير القذف واما اذا لم يكن لذلك كالمحدود في القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق
اذا الحكم الثابت له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا الا النهي عن القبول وقال الشافعي رحمه الله
تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التايب والاستثنا ينصرف الى الجميع فيكون معناه
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا والجواب انه منصرف الى ما يليه وهو قوله واوليك هم الفاسقون
وهو ليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله طلبي وهو اخباري فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي
ليصح كما في قوله وبالوالدين احسانا قلت يا باه ضمير الفصل فانه يفيد حصر احد المسندين في الاخر
وهو يؤكد الاخبار به سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل
سلمناه لكنه كان اذ ذاك جزء الحد لا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر سلمناه لكنه كان ابدا

مجازا

مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود سلمناه لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل الاستثنا منقطعا
بل جعله منقطعا اولى دفعا للمحذورات وتمام العثور على هذا البحث يقتضي مطالعة تقريرنا في تقرير
الاستدلالات الفاسدة قوله ولو حد الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك
على الكفار فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا لان للكافر شهادة على مثله ومن لذلك وحد في القذف كان رد شهادته
من تتمة حده وبالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف لم
تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة الا ان بعد العتق فيحمل رد شهادته من تمام حده وطولب بالفرق من حيث
ان في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف قايما في حقه الى
حصول اهلية الشهادة ولم يجعل الزنى قايما الى حصول نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنى لم ينعقد موجبا
في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف
عند امكانه واعترض على كلام المصنف بانه لا فايدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق
يرد الشهادة ايضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فوجب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد
في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيدا والجواب
ان فايدته تطبيق المسايل في صورة ما يعرض بعد الحد في وقوع الاختلاف المحوج الى الفرق واما ان الشهادة
لا تقبل بعد الاعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا ينافيه قال ولا شهادة الوالد لولده لا تقبل شهادة الوالد
لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا
الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره
قيل ما فايدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بان ذكره على سبيل الاستطراد
فانه عليه السلام عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من
على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والابا متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم
وانما لم يوجب ان يكون الشهادة لنفسه من وجه او لان يمكن فيه شبهة قال المصنف رحمه الله المراد
بالاجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه
وقيل التلميذ الخاص هو الذي ياكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع
باهل البيت من القنوع لانه يميل الى السوال يطلب معاشه منهم وقيل المراد به الاجير مسانهة او مشاهرة وهو
الاجير الواحد فيستوجب اي فانه اذا كان كذلك يستوجب الاجر بمنافعه واداء الشهادة من جملتها فيصير
كالمستاجر عليها وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونه شهادة عدل لغيره من كل وجه
اذ ليس له فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا جاز شهادة الاستاذ له
ووضع الزكاة فيه لكن الاجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس واما شهادة الاجير المشترك
فمقبولة لان منافعه غير مملوكة لاستاذه ولهذا لا يلزم نفسه ويعمل في مدة الاجارة قال
ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك
بينهما متميزة والايدي متميزة اي يد كل واحد منهما مختصة بنفسها غير متصرفة في ملك الاخر غير متعدية اليه
ولهذا لا ينتقض واحدها للاخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين واولاد
العم وغيرهم ولنا ما قلنا في قبول شهادة احدهما للاخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه

القنوع هو التذلل للسؤال
الرضا

لان ذلك ليس بعقد كي يحصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس
فانها تقبل ولئن كان له فيه نفع لحصوله ضمنا ولنا ما روينا من حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم
قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولان الانتفاع متصل
ولهذا لو وطي جارية امراته وقال ظننت انها تحل لي لا يحد وهو اي الانتفاع هو المقصود من الاموال
فتصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة وقوله
بخلاف شهادة الغريم جواب عما ذكره الشافعي ووجهه ان الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون
ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة لا الغريم اذا ظفر
بجنس حقه ياخذه لان الظفر امر موهوم وحق الاخذ ثابت عليه ولا ولاية كالزوجين قال ولا شهادة المولى لعبده
لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه وذلك لانه لا يخلوا
اما ان يكون على العبد دين او لا فان كان الاول فهي له من وجه لان الحال موقوف مراعى بين ان يصير العبد
للغرما بسبب بيعهم في دينهم وبين ان يبقى للمولى كما كان بسبب قضا دينه وان كان الثاني فهي له
من كل وجه لان العبد وما ملك لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا من كون الحال موقوفا مراعى لانه
ان ادى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يود عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه ولا شهادة الشريك لشريكه
فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزية
اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفا التهمة قيل هذا اذا كانا شريكي عنان
اما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها
مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه م تقبل شهادة الاخ
لاخيه وشهادة الرجل لعمه ولساير الاقارب غير الولاد لانتفا التهمة بتباين الاملاك ومنافعها
ولا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من عرف بالردي من الافعال اي التمكين من اللواطة فاما الذي
في كلامه لين وفي اعضايه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نايحة ولا مغنية لارتكابهما طمعا في المال
والدليل على الحرمة نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين النايحة والمغنية وصف
الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنايحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني
للهو معصية في جميع الاديان قال في الزيادات اذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب
وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات خصوصا اذا كان الغنا من المراة فان نفس رفع الصوت منها
حرام فضلا عن صوت الغنا اليه ولهذا لم يقيد ههنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غنا الرجل
ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه والمراد به كل من ادمن على شرب شي من الاشربة
المحرمة خمرا كانت او غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس
فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان كبيرة ولا من يلعب بالطيور لانه يورث
غفلة لا يومن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب
ولانه قد يقف على عورات النسا بصعود سطحه ليطير طيره وذلك فسق فاما اذا كان
يستانس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها ربما
كانت حمامات غيره فيفرخ في بيته ويبيعه ولا يعرفه من حمامه نفسه فيكون اكلا للحرام
وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغني عنه بقوله ولا من يغني للناس

فائدة

وهذا انما على اصل ملك البدا اصلا وملك الزفاف تابع على ما عرف في موضعه خطه

المحروم

فائدة اعم من ان يكون مع اله لهو او لا وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق
ولهذا يتقيد كونه للناس حتى لو كان يغني في نفسه لازالة وحشته لا باس به عند عامة المشايخ
وهو اختيار شمس الايمة السرخسي واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة
واصل ذلك ما روي عن انس بن مالك انه دخل على اخيه البرا بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد
الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهرزاده
وحمل حديث البرا على انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغنا
قد ينطلق على ذلك قال ولا من ياتي بابا من الكباير المراد من الكباير التي يتعلق
بها الحد فسق وسقطت عدالته وهذا بنا على ان الكبيرة اعم مما فيه حد او قتل وقال اهل الحجاز
واهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهو الاشراك
بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المومن والزنا وشرب
الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة
حرام ولا من ياكل الربا لانه كبيرة ومن لعب بالنرد والشطرنج اذا انضم اليه احد امور ثلاثة القمار
او تفويت الصلاة بالاستغراق او اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشيا من الكباير ولم يذكر المصنف
الثالثة لان الغالب فيه الاولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج في احد الامرين وفرق في الذخيرة
وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة بمجرد قوله عليه السلام ملعون من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا
ويجوز ان يكون المراد قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة لو انسان ان ذلك
قول لان للاجتهاد فيه مساغا فقيل ان مالكا والشافعي يقول بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان لا يكون اكل الربوا
مشهورا به لان الانسان قلما يتوقى عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا فلو ردت شهادته اذا ابتلى به
لم يبق احد مقبول الشهادة لنا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به
لعدم عموم البلوى ولا من يفعل الافعال المستحقرة وفي نسخة المستحقرة وفي اخرى المستقبحة وفي اخرى والمستخفة
والمستخفة كلها على اسم المفعول سوى المستخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف رقة العقل
من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل ونسج صاحب المغرب لعله الاخير كالبول والاكل على الطريق
لان فيه ترك المروة فاذا كان لا يستحي من مثل ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب فكان متهما ولا تقبل شهادة
من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون منهم ابو حنيفة لظهور فسقه وقيد بالاظهار حتى لو
اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روى بن سماعة عن ابي يوسف انه قال لا اقبل شهادة من سب
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واقبل شهادة من تبرا منهم وفرقوا بان اظهار سبه لا ياتي به
الا الاسقاط السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقده دينا وان كان على باطل فلم
يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهوا الا الخطابية منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به من الشهوات
وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان اصول الاهوا الجبر والقدر والرفض
والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثني عشر فرقة وقال الشافعي رحمه الله
لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه الفسق اذ الفسق من حيث الاعتقاد اشر منه من حيث التعاطي
ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه ذلك الا تدينه لا ترك تدين والمانع من القبول ترك
ما يكون دينا فصار كمن شرب المثلث او شافعي اكل متروك التسمية عامدا معتقدا اباحته فانه
لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب رجل
كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق
الاله الاصغر وقيل هم قوم منهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته

شرط صح

بذلك وقيل لكل من حلف عند بلم فترد شهادتهم لانهم كافرون ان كانوا كما قيل اولا ولتمكن التهمة في شهادتهم
لانهم كانوا كما قيل ثانيا بيان ما قلنا قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض ش شهادة اهل الذمة
بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهودي مع النصراني وقال ش وابن ابي ليلى لا تقبل وان اتفقت
مللهم قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على اهل الملل
كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة
فانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء والعطف فيه يراعى فيه تناسب المعاني وقال مالك
والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف
في خبره لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه
ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله
وابو موسى ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكل من هو كذلك فله اهلية الشهادة
على جنسه كالمسلمين فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه وخلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس
فالجواب ان القياس في الذمي كذلك لكن ترك في خلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلا واعترض بان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي
والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى الشهادة علينا او مطلقا والاول مسلم والثانية مقبولة
والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض قوله والفسق من حيث الاعتقاد
غير مانع جواب عن قوله لانه فاسق وتقريره الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين او من
حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من بابه فان الكافر
يجتنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محظور الدين لعمري دليلا على الاجتناب
عن الكذب الذي هو من باب الشهادة والزور ولهم ارتكبوا الكذب بانكار الايات مع علمهم
بحقيتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا واجيب بان المراد به الاحبار
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطئون على كتمان نعته ونبوته ولا شهادة لهم عندنا
ومن بعدهم على ان الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على احد محظورا
اذ هو محظور الاديان كلها وقوله بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد فانه لا ولاية له لا على نفسه
ولا على اولاده وهي ركن الدليل وقوله بخلاف شهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله ولهذا لا
تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية اهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي
على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه ان ولايته بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود
الملزوم وقد مر لنا جواب اخر من هذا السؤال ولانه يتقول عليه جواب اخر ولعرض
سلمنا ان علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم اياه فانه
يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام
فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي ش لا تقبل شهادة الحربي
على الذمي قال المصنف اراد بالحربي المستامن وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذي
لم يستامن على الذمي غير متصورة لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر في دار الاسلام
لانه لا يجوز ان يدخل حربي دار الاسلام بلا استيمان فيحضر مجلس القضاء لانه ما خوذ فهو

فيصير

فيصير عبدا ولا شهادة للعبد لا حد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستامن على الذمي لانه لا ولاية له
على الذمي لكونه من اهل دارنا والمستامن من اهل دار الحربي واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية
وقد ذكرنا في شرح رسالة التنافي الفرائض وعلى هذا قوله وهو اعلى حالا منه اي اقرب الى الاسلام من
المستامن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستامن استظهار على الاختلاف لتمام الدليل بقوله
لانه من اهل دارنا ويجوز ان يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة
الذمي عليه لانه كونه اعلى حالا لا اقرب الى الاسلام فصار شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستامن
وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين
مختلفين ودخلا دارنا مستامنين فضم ذلك اليه للعلية في بعض الصور دون بعض تحكم والاول
هو الظاهر فان قلت انما يكون ان لو كان علة لقبول شهادة الذمي على المستامن لاجل علة انقطاع الولاية
قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتامل وسنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستامن
مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على
بعض ش المستامنون في دارنا لا يخلو اما ان يكونوا من دار واحدة او لا فان كان الاول قبلت
شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين
يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث قوله بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين
لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستامن لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان
يقال الذمي من اهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول
شهادة الذمي على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستامن فيقبل شهادة
الذمي عليه ولا كذلك المستامن لانه ليس من دارنا وفيه اشارة الى ان اهل الذمة اذا كانا من دارين
مختلفتين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستامنين قال
وان كانت الحسنات اكثر من السيئات ش واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات وذلك بعد
ان يكون ممن لم يكن يترك الفرض ويجتنب الكبائر والاصرار على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب احواله
في تعاطي الصغاير فان كان اتيانه بما هو مادون في الشرع اغلب من المامية بالصغاير جازت شهادته
وان فتح عدالته بالمام الصغاير جازت شهادته لئلا يفضي الى تضييع حقوق الناس بسد باب
الشهادة المفتوح لاحيائها وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختتن لان الختان سنة عند علمائنا وترك
السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لم يبق حينئذ عدلا بل مسلما وابو حنيفة
رحمه الله لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتاخرون بعضهم
قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته او بعده لما روي ان الحسن والحسين
رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع او بعد السابع لكنه شاذ ويقبل شهادة الخصي وهو منزوع
الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانها قطعت ظلما فصار كمن قطعت يده

وتقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما اولى وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله والكاف زائده كما في قوله تعالى ليس كمثله شيء قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك تقلبه ليس بقادح لانه غير يواخذ به ما لم يتحدث سلمناه لكن لا نسلم ان العدل يختار ذلك او يستحبه وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل او امراه وشهادة الجنسين مقبوله بالنص قال الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ولكن تشهد مع رجل وامراه للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان يكون امراه قال وشهادة العمال جائزه قال فخر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني ابا حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق الواجبه كالخراج وزكاة السوائم لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلا الصحابه رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العداله الا اذا كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم قوله وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبه وقيل المراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون المراد بهذه المسئلة ردا لقولهم لان كسبهم اطيب الاكساب قال صلى الله عليه وسلم افضل الناس عند الله من ياكل من كسب يده فاني يوجب جرحا قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان الى آخره اذا شهد رجلان ان اباهما اوصى الى فلان او شهد الموصى لهما بذلك او شهد غريمان للميت عليهما دين او شهد وصيان انه اوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فاما ان يكون الميت معروفا والوصي راضيا او لم يكن فان كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الا في الرابع فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة لو شهد لهم بعود المنفعة اليهم بنصب من يقوم باحياء حقوقهم او فراغ ذمتهم او شهادة لو شهد لهم وجه الاستحسان انها ليست بشهادة في حقيقة لانها توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من تنصيب الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحيته من نصبه واهليته ويتولى بشهادتهم الكفو مونة التعيين لم يثبتوا بها شيئا فصار كالقرعه في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مونة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة توجب عليه ما لم يكن اجاب بان الوصيين اذا اقرا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما بها ثالث معهما اقرار بعجزهما عن التصرف بعد ما استقلالهما به فكان كالقرعه بخلاف ما اذا انكر او لم يعرف الموت لانه ليس له نصب ولانه الموصي اذ ذاك فكانت هي الموجبه الا في الغريمين له عليهما دين فانها تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا ان اباهما الغايب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفه لم تقبل شهادتهما انكر الوكيل ذلك او ادعاه لان

القاضي

لهما على الميت دين
او شهد غريمان
صح

١١٨

لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت كانت موجبه والتهمه تورد ذلك قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الى آخره الجرح اما ان يكون مجردا او غيره لانه لا يخلو اما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم او لا والثاني هو المجرد لتجرده عما يدخله تحت الحكم والاول هو الثاني ولكن لو نسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعى عليه على الغير بشيء واقام الغير بينة على الجرح المجرد مثل ان يقول لو انهم فسقه او زناة او اكلوا ربوا فالقاضي لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين احدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من دفعه بالتوبه ودفع الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني قوله وعلى الاعتماد لان في الجرح المجرد هتك الستر وهو اظهار للفاحشه وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك الستر واجب وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانيه فليسمع منهم الجرح المجرد اجيب بان من شرط ذلك في زماننا ان يقول لا اعلم من حاله او يعلم القاضي بذلك سرا اذا ساله القاضي عما ادعى الشاهد واحترازا من اظهار الفاحشه وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيده لجواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه ايضا قوله الا انه استثنا من قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعي انه اقر ان شهوده فسقه فانها تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم تظهر الفاحشه وانما نقلوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا بان المدعي استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد وضم الاستيجار اليه ليس بمخرج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه اجنبيا عنه حتى لو اقام البينه ان المدعي استاجرهم بعشره دراهم ليودوا الشهاده واعطاهم العشره من مالي الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله وهذا ابلغ اي ولما قلنا انه لو اقام البينه على جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا سهل والمعنى اذا اقام المدعي عليه البينه ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او سارق او قاذف او شريك المدعي قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله انه عبد فلانه يثبت الرق وهو ضعف حكمي اثره في سلب الولايه وهو حق الله وموضعه اصول الفقه واما قوله انه محدود في قذف فلانه يتعلق به حكم وهو كمال الحد برد شهادته وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقه فان قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشه كما فيما تقدم فكيف سمعت

فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه
وقد تحقق لاقامة الحد لا يقال وقد يتحقق في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية
عن المدعى عليه لانه تندفع بان يقول للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا اي اقامة البينة
على ذلك اعتبار ان احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحد وهو مقبول
ومن علامته عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد
ابن المدعي او ابوه قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي
قال فخر الاسلام اخطات بنسيان ما يحق ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب علي او اثبت
بما لا يجوز لي فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين
اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من احد الخصمين او لا
فان كان غير عدل ردت شهادته مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره
وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل
ان يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وتدارك
ترك لفظ الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق
بدون الشرط واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة
او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد اولا عند بعض المشائخ لان المشهود له استحق
القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت وبما بقي او زاد عند
اخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي
رحمه الله وهذا التدارك يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المصنف ووجهه
ان الشاهد قد يبتلي بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو
قبل البراح من المجلس وهو عدل قلنا اذا قال بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل لانه يوهم الزيادة
من المدعي باطماع الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط ولو كان
المجلس اذا اتحد دليل اخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة فانه الحق الملحق باصل
الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرنا
وعلى هذا اي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم اذا وقع الغلط في بعض الحدود وذكر الشرقي مكان
الغربي او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه
قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير
المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالته ينفي توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه اولا

من تعيد

باب الاختلاف في الشهادة

تأخير من تعيد ما فيه شبهة التغرير بالمجلس
اختلاف الشهادة عن اتفاقها ما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل
والكذب فاخره وضعا للتناسب قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت لان الشهادة اذا
وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى لابد من مطابقتها
في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها الشهادة هو ان تتحد انوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا
وانفعالا ووصفا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على اخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى
عشرة دراهم وشهد بثلاثين او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة
وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زقه واتلاف ما فيه به وشهد باشتقاقه عنده او ادعى عقارا بالجانب
الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهد انه ملك ولده او ادعى انه عبده ولد بنته
الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط
الا يرى ان المدعي يقول ادعى على غريمي هذا والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله
لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها
اما ان تقدمها فيها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلابد منها ولا يعني بالخصومة الا الدعوى
واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب واما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان
الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين
احدهما انه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط
لا يستلزم وجود المشروط والثاني انه عند المخالفة تعارض كلام المدعي والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى
اعتبر دون كلام المدعي والجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى
شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لان وجود الشرط يستلزم
وجوده وعن الثاني بان الاصل في الشهود العدالة لا سيما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط
عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في
اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة
ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة من حيث المعنى
فلا بد منها بالاتفاق واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بالاتفاق ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة
والاخر بالعطية فهي مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الاخر بالتضمن فقد نفاه
ابو حنيفة وجوزاه فان شهد احدهما بالالف والاخر بالالفين لم تقبل عنده وقالا تقبل على الالف اذا
كان المدعي يدعي الالفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث
لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكلما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون

ما يفرد احدهما كما اذا ادعى الفا وخمسماية وشهد احدهما بالالف والاخر بالف وخمسماية على ما سيجي وكذا ابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والاخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة وان ثبتت بالتثنية فان الالف لا يعبر به عن الالفين حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الاخر وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شي منها وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال شهد احدهما بكر شعير والاخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى الفين وشهدا بالالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب ابي حنيفة عن ذلك واجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهد بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والاخر بالاقرار به لم يقبل ولقايل ان يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسماية وانكر المدعى عليه خمسماية وشهد الشاهدان بالف والقاضي يقول يحتمل انه ابرا عن خمسماية واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي انه لا يجوز فالتنافي وبين هذه المسيلة وما نقلت عن المبسوط ما ترى من التنافي فالحق في الجواب لابي حنيفة ان يحمل ما نقل عن المبسوط على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابرا او الايفا ولا يلزم ابا حنيفة ما اذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الفا فانه تقع ثلثا لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شي

واذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسماية جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه ونظيره اذا شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف او بماية ومايه وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشر والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصار نظير الالف والالفين هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وهو الالف لم تقبل شهادة من شهد بالاكثر باطلا لتكذيب المدعي المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شي فان قيل لم يكذبه الا في البعض فيما ان القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما يقضي بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما اقر به اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسيلة بحالها لا يقضي له بشي لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا يقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى هذا كان اصل حقي الفا وخمسماية لكني استوفيت خمسماية او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم بما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلف الشهادة لا تخلو عن ثلثة اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او يسكت عن التصديق والتوفيق او لوفق وجواب الاول والثاني بطلان الشهادة دون الاخير واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسماية اي اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسماية قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر

فان قيل

فان قيل الشهادة من شهد بالقضا تنافي قضيه لانه اذا قضاه خمسماية لا يكون للمدعي على المدعى عليه الف بل خمسماية الا غير اجيب بان قضا الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين فكان الدين الذي هو عليه فكان قوله قضاه منها خمسماية شهادة على المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به اولا وهو الدين فلم يقع منافيا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسماية لان شاهد القضا مضمون شهادته ان لا دين الا خمسماية لان القبض بطريق التملك لما اوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين عن خمسماية فلم يكن الدين الا خمسماية فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بخمسماية وفي ذلك يقضي بالاقل كما علمت في الالف والالفين الا ان محمدا خالفه هنا لان ذلك فيما يكون الشهادة بالاقل وقعت ابتدا وهذا ليس كذلك وجوابه كما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضا والقضا يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب من شهد بالقضا بخمسماية وتكذيبه تفسيق له فكيف يقضي بشهادته وجوابه سياتي في قوله وينبغي للشاهد يعني لشاهد القضا بخمسماية اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسماية كيلا يصير معينا على الظلم لعله يدعواه بغير حق وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جايزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق بين مسيلة الجامع الصغير وبين ما ذكرت قبلها ان في مسيلة الجامع وبين ما ذكرت قبلها ان في مسيلة الجامع شهد احد الشاهدين بقضا الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضا وهو تفسيق له ولنا هذا الذي ذكر عن المشهود به الاول وهو القرض لانه اكذبه فيما عليه وهو القضا وما هو غير الاول لا محالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص اخر فبل ان يشهد له فاكذبهم وحاصله ان اكذاب المدعي الشهود تفسيق له لكونه اخبارا واما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لغرض الدفع عن نفسه

واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة قد ذكرنا ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل ان يقضي القاضي بالاولى لم يقبلها لان احدهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد وهو القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بما لم يتصف مثلها

واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيت يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سوا كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد او لا كالسواد والبياض عند ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح وقيل ان كانا يتشابهان قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع ولا يقطع في الوجهين لان سرقة السودا غير سرقة البيضا فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة والقطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسيلة بحالها فانها لم يقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اتلاف نصف الادمي وصار كالذكورة والانوثة في الغايتين ولابي حنيفة ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة او يجتمعان بان يكون يكون احد جانبيها اسود وبعض احديهما والاخر ابيض يشاهده الاخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيال الاثبات الحد

وهو القطع والحد عبارة لدرء الاثبات والثاني لزم التوفيق ولئن كان ممكنا لكن يعتبر ما لم يصرح به
فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يدرى بها والجواب عن الاول ان ذلك انما كان
احتيالا للاثبات ان لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق
ليعلم هل كان نصابا فيقطع به او لا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق
وامثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه الا يرى انهما
لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا
نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما
فكان اختلافا في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس لان القياس اعتبار امكان التوفيق
او يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا والله اعلم بالصواب
قوله بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيها بالنهار اذ الغصب يكون فيه
غالبا على قرب منه وقوله والذكورة والانوثة جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما
بانهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه فيحتاج الى التوفيق
ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف ه رجل ادعى على اخر انه باعه هذا العبد بالف
او بالف وخمسمائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف واخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة
لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف
اذ الشرا بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم
ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه اجيب
بان دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان
مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين لان الشهادة على الملك صحيح فكان
مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن بجواز ان يكون الثمن اولا الفا ثم زاد في الثمن وعرف
احدهما دون الاخر اجيب بان السيد الشهيد ابا القاسم ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة لو
بخلاف ما اذا شهدا على بيعين كالف درهم ومائة دينار ووجهه ما في الكتاب ان الشرا بالف
وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف وخمسمائة ملفوظا بالشرا واما اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة
فلا يقال اشترى بالف وخمسمائة ولهذا ياخذ الشفيع باصل الثمن قوله ولان المدعي يكذب احد شاهديه
دليل اخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البائع سوا ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة لا فرق بينهما
لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان مدعيها العبد فلا خفاء في كون
العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الادا فكان المقصود اثباتا لعقد
وفيه نظر لفظا ومعنى اما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الادا وذلك يشعر بان مقصود المولى
هو العتق والادا هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة واما الثاني
فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول
ان التقدير بدل العتق لا يثبت قبل الادا والادا لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة

اويقال

او يقال معناه ان مقصود المولى العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والادا لا يتحقق بدون الكتابة فكانت
هي المقصوده وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار
الفسخ ويخاصم لاجل البدلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اما ان المدعي اذا كان
هو المراة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا او الحاجة ماسة الى اثبات العقد ليثبت
الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمسمائة
والمراة تدعي الالف او قال مولى العبد اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد يدعي الالف او قال ولي القصاص
صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من
انه تقبل على الالف اذا ادعى الفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لا يقبل عنده خلافا لهما وان ادعى
اقل المالين يعتبر الوجوه الثلثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو والعتق
والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل
لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيده فكانت كان لم يكن
وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضي باقل المالين اجماعا قيل عقد الرهن بالف غيره بالف وخمسمائة
فيجب ان لا تقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن
عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى
الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا
وتبعا للدين وفي الاجارة لا تخلو اما ان يكون الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم
تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان
الثاني فاما ان يكون المدعي هو الاجر او المستاجر فان كان الاجر فهو دعوى الدين يقضي باقل المالين
اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فصار كمن ادعى على اخر
الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد احدهما
بالف والاخر بالفين لم تقبل عند ابي حنيفة كما تقدم خلافا لهما وان كان المستاجر قال في
النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين
واختلافهما وهذا لانه اذا اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالاجر لا ياخذ منه ببينة
سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستاجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو
في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فبوجه المستاجر باعترافه
قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا ه اذا اختلف الشهود في النكاح
فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة فقد قضت بالف عند ابي حنيفة وهو استحسان وقال
ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة
لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب
يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية
مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والاخ والاختلاف في التابع
لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا فوقع الاصل فيه الحل والازدواج دليل اخر
وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر

لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهدين فيما يثبت الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضي بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض عليه بان فيه تكذيب احد الشاهدين واجيب بانه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم مهر المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما نري والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المصنف وتستوي دعوي اقل المالين واكثرهما بكلمة او والصواب كلمة الواو بدلالة تستوي وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعضهم انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوي باكثر المالين كما في الدين والبه ذهب شمس الائمة ووجه ما في الكتاب ان المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعي فيه ما هو شرط في المقصود اعني الدين وقال ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج فاجماع انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعني ما اذا كانت المراة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي وهذا اصح لان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد او المال او المراة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة علي مقدار المهر هل يوجب خللا في نفس العقد او لا قال ابو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المصنف دليلهما واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة علي الارث

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء حسب مقتضي الواقع واعلم ان العلماء اختلفوا في الشهادة بالميراث هل يحتاج الي الجر والنقل وهو ان يقول الشاهد عند الشهادة ان هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له او لا قال ابو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافا لابي يوسف رحمهم الله هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث يتجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة علي المورث الفقير والمتجدد يحتاج الي النقل الا انه يكتفي بالشهادة علي قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا علي قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يبين اسباب يده ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر ان ما في يده ملكه فتجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد تكون اليد يد امانة ولا ضمان فلا تنقلب بواسطته يد ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل اذا مات ولم يبين انها وديعة فلان لانه ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فمن اقام بينة علي دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عندهما فظاهر واما عند ابي يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت

يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن اقام انها كانت في يد فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند الموت فصار كانه اقامها علي انها كانت ملكه عند موته وان اقامها انها كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له لم تقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه وتقبل عند ابي يوسف بناء علي ان ملك المورث ملك الوارث قوله وان قالوا لرجل حي مسالة اتي بها استطرادا اذ هي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعي اخر انها له واقام بينة انها كانت في يده لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدوا ان المدعي عليه اخذها من المدعي فانها تقبل وترد الدار الي المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت بعدما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله وهي متنوعة دليل اخر اي اليد متنوعة الي يد ملك وامانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر به لاحتمال زواله بعدما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله قوله وان اقر المدعي عليه يعني اذا قال المدعي عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعي عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعي عشرة دراهم فشهدوا علي اقرار المدعي عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويوم بالبيان

باب الشهادة علي الشهادة

الشهادة علي الشهادة فرع شهادة الاصول ما يستحق التاخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لا حق للمشهود له لعدم الاجبار والنيابة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز لادي الي اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اعني الشهادة علي الشهادة علي الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة اي لكن فيها شبهة البدلية لان البدل ما لم يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بانه لو كان فيها معني البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد احد الشاهدين وهو اصل واخران علي شهادة شاهد اخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما ادعاه المدعي واذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبتت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله او من حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف علي قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي

وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان يزيدوا
في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة البعض قام به الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص
قوله ويجوز شهادة شاهدين اي يجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فلكل فرع على كل اصل
اثنان لان كل شاهدين قاما مقام واحد فصار كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء
بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء
وعدم تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان قوله وان نقل الشهادة معطوف على قوله ولنا قول علي ومعنى
ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا
بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل
واحد ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافا لمالك قال الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة
رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار
فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد
ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار قال وصفة
الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع
شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء الفروع قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل
لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه
لان الفرع كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر وانما قال كالنائب عنه لما مر ان
الفرع ليس بنائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع
كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله بمثل اسمعه ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي
والاول اوضح لقوله لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل الاصل عند التحميل اشهدني على نفسه جاز
لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع
هذا بيان كيفية اداء الفروع الشهادة يقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني
على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته اعني الفرع وذكر
شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تفي بذلك كله وهو اوسط العبارات ولها اي لشهادة
الفروع عند الاداء لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي
ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد
على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقصر منه وهو
ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شي
وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه ابي جعفر ولهذا ذكر محمد في السير الكبير ومتى قال
اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه

لابد

لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا
جميعا ان له تولي الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون
بطريق التوكيل والتوكيل لا بد فيه من الامر واما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو شهد انسان
على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة
الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة بنفسها ما لم تنقل ولا بد للنقل من
التحميل ولقائل ان يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب في دلالة التحميل واستدل عليه
بقوله لانه لا بد من النقل ليصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك يقتضي ان يكون التحميل حاصلا
بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا
في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بتمام الحق بمجرد شهادة الاصل مرتب لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة
ولما كان الاصل يشهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا
بالتحميل والتوكيل وجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهادة مستحقة
على الاصل يجب عليه اقامتها وما تمكنها حتى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين
اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار هذا لا يشترط الامر لصحتها غير ان فيها
مضرة من حيث انها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضر
في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز
لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن يسد الخلل واما عبارة المشايخ فهي مشكلة ليس فيها اشعار
بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه آخر مفيد والله اعلم قال
ولا تقبل شهادة الفروع قد تقدم ان تجويز الشهادة على الشهادة لمساس الحاجة فلا يجوز ما لم توجد فلا تقبل
الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام او يمرضوا مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحكم لان
الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر لان العجز لبعد المسافة ومدة السفر
بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة
وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع
ان يبيت في اهله صح الاشهاد دفعا للحرج واحياء لحقوق الناس قالوا الاول اي التقدير بثلاثة ايام احسن
لان العجز شرعا يتحقق به كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن والثاني ارفق
وبه اخذ ابو الليث وكثير من المشايخ ويروى عن ابي يوسف ومحمد انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم
فكان كنقل اقرارهم فان عدل شهود الاصول شهود الفروع جاز وحاصل ذلك ان الفرعين اذا شهدا على شهادة
اصليين فهو على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي او لا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما
بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان
عرف الفروع يسأل عن الاصول فان عدل الفروع الاصول ثبتت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من
اهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل
التزكية وقوله غاية الامر لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادته

نفسه

بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية ما يرد فيه من امر التهمة
ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي
قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما
شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به
ولئن لم يكن له شهادة في الواقع كيف يكون ذلك ما نحن وانه ليس في الحقيقة نفع يفوت بتركه
التعديل لان قوله في نفسه مقبول ولئن ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول
حكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة ولئن سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نخبرك جازت شهادتهم ولكن
ينظر القاضي في حال الاصول لئلا يسأل من المذكي عن الفروع عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد
لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف
ان الماخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد
ادوا ما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا احضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا
لا نعرف ان الاصول عدول او لا قيل ذلك وقولهم لا نخبرك سواء وكانه اشار اليه بقوله فان لم يعرفوها
وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهم وهو الصحيح لان شاهد الاصل
بقي مستورا ولئن انكر شهود الاصل الشهادة وقالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون
بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي
اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين اي اشهد
فرعان على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقال الاخيران الاصلان انهما يعرفانها فجاء
المدعي بامراة وقال الفرعان لا نعلم اهي هذه ام لا قيل للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان
الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها
بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري بعد ما انكر
ان تكون المحدودة في يده فلا بد من شاهدين اخرين يشهدان ان المحدود في يد المدعى عليه
وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الذي في يده غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى اخر
شاهدان شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فحضر المدعي فلانا
في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته
هو فلان المذكور في هذا الكتاب ليمكن الاتصال اليه في القضاء لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى
الشهادة على الشهادة الا ان القاضي بكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل [illegible] ما قيل تمثيل
كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب لان العدد شرط ثمة دون الكتاب
لان ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد ولو قال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة وباب
كتاب القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة يعني التي لا اخص منها
دونها قال في الصحاح الفخذ اخر القبائل اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن
ثم الفخذ وقال غيره الفصيلة بعد الفخذ والشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل يجمع العمائر

والعمائر

والعمائر بكسر العين تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء تجمع الفصائل وهذا اي عدم
الجواز لان التعريف لا بد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
فلم يكون منهم نساء اتحدت اساميهن واسامي ابائهن ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانه خاصة ثم التعريف وان كان
يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ
يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم للجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو ابو الاب فصل قال ابو حنيفة رحمه الله
شاهد الزور اشهره في السوق شاهد الزور هو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور او شهد بقتل رجل
فجاء حيا يعزر والتشهير تعزير عند ابي حنيفة فقوله ولا اعزره يعني لا اضربه وقالا نوجعه ضربا
ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا
وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر او بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود
لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع
ولا بتبليغ التعزير الى الاربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه ابو حنيفة من التعزير بالضرب فانه يدل
على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة قوله ولان هذه اي شهادة الزور
كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور
وبالسنة وهو ما روى ابو بكرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله
قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور
فما زال يقولها حتى قلنا ليته سكت وضررها متعد الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيه حد مقدر
فيعزر ولابي حنيفة رحمه الله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما
والصحابة متوافرون وما كان يخفى ما يفعل عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما وحل محل الاجماع ولان
المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد
يقع مانعا عن الرجوع فانه اذا تصور يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه
وذلك بترك الضرب وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين وهو فوق الحد
قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم فانه مثلة ولم يسمه الائمة
واوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير فان الخجل يسمى مسودا مجازا
قال الله تعالى واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وتفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله
انه كان يبعث به الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اي
مجتمعين او الى موضع يكون اكثر جمعا للقوم ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا
شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما يفعل التشهير والحبس والتعزير مقداره
مفوض الى ما يراه القاضي ولم يذكر المصنف ان هذا الاختلاف فيمن كان تائبا او مصرا او مجهول الحال
وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر بغير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر
بالضرب بغير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته

بعد ذلك او لا ان كان فاسقا تقبل لان احتماله على الزور فسقه وقد زال بالتوبة وبعد ظهور التوبة
عند بعض المشايخ ستة اشهر وعند بعضهم سنة قالوا والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان مستورا
لا تقبل اصلا وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن ابي يوسف لان احتماله على ذلك غير معلوم فكان الحال
قبل التوبة وبعدها سواء وروى ابو جعفر عنه انه يقبل قالوا وعليه الفتوى قال وفي الجامع الصغير
وذكر ان فيه ذكر رواية هي معرفة شاهد الزور بانه الذي اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك
بالبينة فليس بصحيح لانه نفي للشهادة والبينات شرعت للاثبات وانما يعلم الذي شهد بقتل شخص
وظهر حيا او بموته وكان حيا اما [illegible] واما لانه لا محيص له لان يقول كذبت او ظننت ذلك
او سمعت ذلك فشهدت ومعنى كذبت لا قوالي بالشهادة بغير علم فجعل كانه قال ذلك

كتاب الرجوع عن الشهادات

مناسبة هذا الكتاب لكتاب الشهادات ذات وضوح
عن فصل [illegible] اذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو ما يعلم به كونها [illegible]
وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم
بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بزور فيما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها
او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الخصم لان الحق انما يثبت
بقضاء القاضي ولا قضاء هنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف
ولا اتلاف هنا لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه اما على المدعي فظاهر واما على
المدعى عليه فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع ورجوعهما صار [illegible] للشهادة ولا ضمان على من يكتمها
وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المتناقض ساقط العبرة
عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا
لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس للبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم
وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الاخير في الدلالة على الصدق كالاول
[illegible] كان كذلك [illegible] فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض به
وعليهما ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة
لكنه كالملجا من جهتهم فكان التسبيب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق
فان قيل كلامهم متناقض وذلك يسقط العبرة فعلام الضمان اجاب بقوله التناقض
لا يمنع صحة الاقرار [illegible] ذكر التعزير في الفصلين [illegible] في الفصل
المتقدم قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة حاكم
سواء كان هو الاول او لا لانه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا
الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة مختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع
اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار لا يختص
بمجلس الحكم والجواب ان الاستحسان لا ينفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في

في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كالمرور والاقرار بالضمان
مرتب على الرفع او ثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس
[illegible] الانتهاء ويجوز ان لا يكون البقاء [illegible] وطاب شرط الابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول مجلس الحكم
محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح كوجود المبيع في البيع
فانه شرط الصحة وصحة الفسخ ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان
وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس
القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهدين
لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع
في غير مجلس الحكم باطل حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل بينته لان السبب
الضمير المستكن في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الان ويجوز
ان يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل من المضاف
وهو قبول البينة اي لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم ومحل هو الضمان
ومعناه لان سبب ~~قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس حكم ومحل هو الضمان~~ و
لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست مطابقة
للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فما هو ولو شهد شاهدان بمال فحكم به ثم رجعا
ضمنا المال للمشهود عليه هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه
ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما ياتي بعدها من رجوع بعض الشهود دون بعض وقال
الشافعي لا ضمان عليهما لانهما سبب الاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر قلنا وجب عليهما
الضمان لانهما سببا الاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وهنا
كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجا الى القضاء بشهادتهم لانه بالتاخير
يفسق وليس بالملجا حقيقة لان الملجا حقيقة من يخاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك
ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله ولتعذر
استيفائه من المدعي ايضا لان الحكم ماض [illegible] فاعتبر التسبيب فان قيل [illegible]
الشافعي ترك اصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص
ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وجعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب
عليهما القصاص فجعل المسبب كالمباشر قلت فعل المباشر الاختياري قطع النسبة [illegible]
كما سيجيء والشافعي جعلهما مباشرين وروي عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت
انكما تعمدتما لقطعت ايديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه
ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت
في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان لان الضمان انما يجب على الشاهدين

اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق
بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين
والزام الدين وبيان ذلك انهما اذا الزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى
منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة بينهما وفوق ذلك سح الاسلام بين العين والدين وقال ان كان المشهود به
عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك
حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عينا فالشاهد ان
بشهادتهما ازالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ تصرف المشهود عليه بعد ذلك فيجب ازالة
العين عن ملكها قبل القبض فتعين المماثلة كما ذكرنا والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء
ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج
المال من يده بقضاء القاضي قال ــــ واذا رجع احدهما ضمن النصف والعبرة في باب الرجوع
عن الشهادات بقاء من بقي لا وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل
في حق القضاء الا ان المشهود اذا كانوا اكثر من اثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل للاستواء
واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما
ضمن النصف لانه بقي بشهادة من بقي نصف الحق فان قيل لا نسلم ذلك فان الباقي وحده لا يصلح لاثبات
شيء به ابتداء فكذا بقاء واجيب ــــ بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات
ما لا يصلح في الابتداء وذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب
ويصلح في البقاء بقدره واذا شهد ثلثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته
كل الحق لان استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق المتلف يسقط الضمان
فيما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو واخذ
الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلان يمنع بطريق الاولى
لان الدفع اسهل من الرفع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق فان قيل يجب ان لا يجب
الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة
باقيا فاذا رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيجب الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول
ثابت بطريق التبيين او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول
ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف في الابتداء كان بشهادتهما او لان القضاء
كان بالشهادة ولو وهي موجودة منهما في حاله واحد فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو
بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي
وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا
ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان
فلا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه

بقي

ما حد الضمان الا بمعنى المماثلة واذا كان دينا فازالة العين عن ملكها صح

بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا
فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف
وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن تقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل وشعا
للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذ اثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع ولابي
حنيفة رحمه الله ان كل امراتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت
شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كانتا كرجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا
وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر والتمام ان لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب
انه اطلق ولم يتقيد بان ذلك في الابتداء او مطلقا فكان للاطلاق ككلمة كل وان رجع النسوة العشر دون الرجل
كان عليهن نصف لكن عندهم جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل بقي بقاء نصف الحق وان
شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان المراة الواحدة شطر العلة ولا يضاف
شيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا قال ــــ
وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح ــه وان شهدا على امراة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء
كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا
غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة فقوله
وانما تتقوم جواب عما يقال لو لم يكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لان الخارج هو عين الداخل
في الملك فلم صارت التقوم في احد الحالتين متقومة في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق
ووجه ذلك انها تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا
المعنى الذي هو موجود في حالة الازالة الا ترى انه مشروط عنده التملك بما ليس هو مشروط به عند الازالة كالشهود
والولي وموضعه اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتاييده وكذلك ان شهدا
على الزوج بتزوج امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع متقوم حال الدخول
في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان فقوله وهذا
لان مبنى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم
المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما
اتلفاها من غير عوض وهو يوجب الضمان قال ــــ وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة ــه
شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف
بعوض كلا اتلاف وان كان قيمته اكثر ضمنا للبائع الفضل لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة
الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع بان شهدا باقل من
القيمة كالصورة المذكورة وبان البائع بالخيار ثلثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر
البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لاتلافهما الزايد بغير عوض لان البيع

بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فحيث
لم يفعل كان راضيا به والرضى يسقط الضمان لكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود
به ولهذا استحق المشتري بزوائده والبائع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم
الخيار اذ العاقل يحترز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا
شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول
بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد ووطء ابن الزوج
وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا يرى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب
الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل
الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط
جميع المهر لانه يحل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسببهما
فيجب الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن بطلاقه
كل البدل الى ملكه من غير تصرف فيه اشبه الفسخ وان شهدا انه اعتق عبده فقضى بذلك ثم رجعا
ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق
لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق
واجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان
واجيب بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان
اتلاف وانه لا يختلف بذلك قال واذا شهدوا بقصاص ثم رجعوا اي اذا شهدا على رجل
بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهما
لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره اي فاشبه المتسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل
او فاشبه القاضي المكره لانه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم ير الوجوب كفر ان كان اسم مفعول
الولي المكره وهو ليس بشيء لانه ليس بملجأ الى القتل وقوله بل اولى اي التسبب ههنا اولى من الاكراه
لان التسبب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا اكثر لان المكره يمتنع عن القتل والايمان عليه والولي
يعان على الاستيفاء فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبب فمن الشاهد اولى
ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وتسبيبا
لا تعلق بالجزء فيه الا ان يكون ايما الى ان المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف
يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن
فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره
فان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حشوته ظاهرا وللقايل ان يقول ظهور ايثار حشوته

اما ان

اما ان يكون شرعا او طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص
والثاني مسلم لكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي في القصاص ظاهرا ولهذا انزل فقال ولان الفعل الاختياري
يعني سلمنا ان ثمة تسبيبا ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبته ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي
باختياره الصحيح فيقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا ينقطع نسبته الى الشهود لكن لا اقل ان يورث شبهة تندرئ القصاص
كان قيل لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات فلا يلزم
من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد تقرر بهذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل
بينهما من الاشر فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة
الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالالة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه اصول الفقه ولو رجع
احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين
وتضمين القاتل لان القاتل اتلف جميعه والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم
يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي عند
ابي حنيفة خلافا لهما لانهما كانا عاملين للولي فيرجعان عليه وله انهما ضمنا لاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن
بسببه على غيره وتمام ذلك ما هو وعليه يوقف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم
قال واذا رجع شهود الفرع اي اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت
منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما ان يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او يقولوا اشهدناهم
وغلطنا او رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد
على شهادتهم ولا ابطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضى
بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ضمنوا
لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهو شهادتهم والموجود من الاصول
شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون سببا للاتلاف وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول من نقل
شهادتهم الى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهم فصار كانهم حضروا بانفسهم وشهدوا
ثم رجعوا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع
لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك
لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكره ابو حنيفة وابو يوسف وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد
والعمل بهما اولى من اهمال احدهما فان قيل فلم لا يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف التلف اجاب
بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا
مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد على غيره
دليل محمد في المسألة يدل على اختيار المصنف قول محمد ولو قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا

في شهادتهم لم يلتفت للولي والسلطان القضاء لأنه خبر محتمل والإمضاء عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم
وإنما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفسد شهادتهم قال ولو رجع المزكون عن التزكية ضمنوا يعني
إذا شهدوا بالزنى وزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا أو كفارا فإن ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم
لأنهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما أخبروا من قول الناس إنهم أحرار مسلمون
ولا على الشهود لأنه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم إذا أنها للعبيد والكفار على المسلمين والدية
في بيت المال ولو رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف لأنه الزنى وما تعرضوا له وإنما أثنوا على الشهود خيرا والإثناء
على المثنى على الشهود كشهود الإحصان وله أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضي لا يعمل بالشهادة إلا
بالتزكية وكان في معنى علة العلة من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها
لتعذر الإضافة إلى العلة بخلاف شهود الإحصان فإنه شرط محض لأن الشهادة على الزنى بدون
الإحصان موجبة للعقوبة وشهود الإحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال
وإذا شهد شاهدان باليمين إذا شهدا على رجل أنه قال لعبده إن دخلت هذه الدار فأنت حر أو
قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وآخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة
وقوله خاصة رد لقول زفر فإنه يقول الضمان عليهم لأن المال تلف بشهادتهم وقلنا السبب هو اليمين
لا محالة والتلف يضاف إلى السبب دون الشرط المحض لأن السبب إذا صلح لإضافة الحكم إليه أيضا
إلى الشرط كحافر البئر مع الملقي فإن الضمان عليه دون الحافر وقوله الأمر توضيح للإضافة إلى السبب
دون الشرط فإن القاضي يسمع الشهادة على اليمين ويحكم بها ولو لم يشهد بالدخول ولو شهد رجع شهود
الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه قال شمس الأئمة السرخسي لا عدم وجوب الضمان
على شهود الشرط ومنها إذا كان اليمين ثابتة بإقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ
أنهم يضمنون لأن العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها ههنا فإنها ليست بتعد فيضاف إلى الشرط
خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون
بحال نص عليه في الزيادات لأن قوله أنت حر مباشرة الإتلاف المالية وعند وجود مباشرة
الإتلاف يضاف الحكم إلى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لا بخلاف حفر البئر
فإن الحفر هناك ثقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الإتلاف في شيء فلذلك جعل الإتلاف مضافا إلى الشرط
وقوله يعني الحمل … بصورة المسألة وقد قدمناها في صدر الكتاب

كتاب الوكالة

عقب الشهادات بالوكالة لأن الإنسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه إلى التعاضد والتعاون
والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب بالنسبة إلى المفرد فأخرت
… والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا إذا فوض إليه ذلك والوكيل هو القائم

[في الهامش: والإمام في علة العلة لأن الشهادة لم تبق … تعلم وإنما هي سبب … الحكم إليه صح]

بما فوض إليه كأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر أي مفوض إليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة
الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم
هذه إلى المدينة ولم يلحقه النكير والسنة وهو ما روي أنه وكل حكيم بن حزام بشرى الأضحية وبالإجماع فإن الأمة
قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور
بتعاطيها وركنها لفظ وكلت وأشباهه روى بشر عن أبي يوسف إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع
عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذاك توكيل وأمر بالبيع وشرطها أن يملك الموكل
التصرف ويلزمه الأحكام كما سنذكره وصفتها أنه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون
رضى صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه قال كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه
فعله ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فإن مباشرة الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن
المباشرة فيحتاج إلى التوكيل وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الأضحية حكيم بن حزام وبالتزويج
عمر بن أم سلمة بتزويجها إياه عليه السلام واعترض على الضابطة بأنها غير مطردة ومنعكسة أما الأول
فلأن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه وإذا وكل غيره
ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي إذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز أن يعقد الذمي بنفسه فيها
وأما الثاني فلأن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عنده أي أبي حنيفة
والجواب عن الأول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بموجود
في التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف في ملك
الغير باطل ورد بأنه نقض للنقض لا دافع وبأن التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم موجود فيه والجواب
أنه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم ولأن محل عقد الوكالة
في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه
لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لأن ذلك محل التوكيل بالقرض لا بالاستقراض
والمراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمي جاز له
توكيل المسلم والممتنع توكيل المسلم عنده وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكيل ولو
صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بأن العكس غير لازم وليس
بمقصود واعترض على قوله لأن الإنسان قد يعجز بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة
فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس
لا في الأفراد ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة
وهو مجاز شائع ولم يكن المناط هو الحاجة وقد يوجد بلا عجز قال وتجوز الوكالة
بالخصومة في سائر الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بإيفائها واستيفائها

اما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه
وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر واما بايفائها
واستيفائها فلانه جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها
مع غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفى مع العموم لتعارض الخبر
لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال
وقوله وشبهة العفو دليل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتوجيه القصاص يندرئ مع الشبهات
وهي موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل
بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي
يقول خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه وفعل للفرع بنفيه قلنا سائر حقوقه
لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته
لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما في العدول
وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل
اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله لانه ليس
كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء مع
بحضوره استحسانا فيكون بابه بالنسبة اليه ما للتكميل قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز
باثبات الحدود والقصاص فانه قال ويجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايفائها واستيفائها
واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءها فبقي الحدود والقصاص داخلا في قوله بالخصومة
في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه هو قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الوكالة
باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رحمه الله مضطرب وقيل هذا الاختلاف
اذا كان الموكل غائبا اما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف
ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة
على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف
الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل
به كسائر الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع اذ المانع هو الشبهة موجود كما في الاستيفاء
والشهادة على الشهادة لان الشرط الابعد فاننا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود
بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور
وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب بدفع ما عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر
لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع الا ترى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء
مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على
موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق
ووجه الاستحسان ما فيه من شبهة عدم الامر به قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة

الا

الا برضا الخصم ش اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال ابو حنيفة رحمه الله
لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا ان يكون مريضا او مسافرا وقالا يجوز التوكيل بها
من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمهم الله قال المصنف والخلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم معناه
انه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده او لا فعنده يرتد خلافا لهما فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضا الخصم مجاز القول ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم واراد الملزوم
وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز يلازم اللزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز والحق ان قوله
لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا
حاجة الى قوله والخلاف في الجواز ولكن التوجيه بجعله مجازا لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لانه وكله
بالخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل
بالتقاضي اي بقبض الديون وايفائها ولابي حنيفة رحمه الله انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق
على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمدعي للعين لا يملك خالصا لما سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان
في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا
بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها تتوقف على رضا الاخر
ولئن كان تصرفا في خالص حقه فلما كان فيه ضرر بشريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ قوله بخلاف المريض استثناء من وجه مخالفة
للمسئلة وذلك لان الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويرادا وجوبا عن التبدل لئلا يقع الضرر
اللازم بالمرض والسفر من ابات الناحية والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحتمل الادنى والمرض
المانع عن الحضور هو الذي يمنع عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة او الحمال فان لم يزد مرضه صح التوكيل
وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح واراد بالسفر كالسفر في صحة التوكيل
ليتحقق الضرر لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة
ولو كانت الخصم امراة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال ابو بكر الرازي يلزم
التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتأخرون
واما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة
الا لعذر من المذكورين وعندهما لا كذلك في جوازها وقال الرازي ليلى بعلم من البكر دون الثيب والرجل
قال ومن شرط الوكالة ه ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام قال
صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فمن شرائطها ان يكون الموكل
ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله
يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف
احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على وجه يشمل الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل
ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف وقوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك
التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم تلزمه
الاحكام وعلى هذا يكون الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون مثل التوقف ولزوم الاحكام

شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا يلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزم ذكر الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه قوله لان الوكيل دليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل وليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نايبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل ان يقول الوكيل مالك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل مالك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا منافاة ايضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف وتملكه الوكيل بحيث يلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل يملكه اولا لعارض يعرض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويعرف ان البيع سالب والشرا جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش ولهو احترز عن الصبي الذي لا يعقل والمجنون ويقصده بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة ولهذا ايا (?) الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه لصد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او المأذون البالغ مثلهما جاز ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من اهل العبارة فيها صح بحد ما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه او فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت ولهذا لم تلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليهما اشارة الى انهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشرا بثمن مؤجل لم تلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر يطالبه البايع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن بل ضمان الثمن فيما يفيد الملك للضامن في المشتري وليس هنا كذلك انما هذا التزام مال في ذمته استوجب مثله على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشرا بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لانه لما التزمه صار ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فان له حبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه والصبي المأذون من اهل ذلك والجواب في العبد المأذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبي

وبملك التصرف

تو كيل الصبي العاقل

احد

او عبد وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق له خيار الفسخ لانه ما رضي بالعقد الا على ان الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به قال والعقد الذي يعقده الوكلا على ضربين هذا العقود التي يعقدها الوكلا على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل واخر بالموكل فضابطه الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا له اهلية الايجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع له ولغيره سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة الى واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق متعلق به فلهذا قال القدوري في المختصر وقال محمد في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد قوله والملك يثبت للموكل خلافة جواب عما قال الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره ان الملك يقع للموكل ولكن بعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتدا والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قايما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا وقال شمس الايمة قول ابي طاهر اصح وقال المصنف هو الصحيح فان قيل قول ابي طاهر يقول الشافعي فكيف يصح جوابا عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه ليس كذلك لانه لا يقول بثبوت الملك له خلافة والثاني في ثبوت الملك للموكل وحظه... اصالة وتخصيص البيان ان التصرف الوكيل جهتان جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصوله بعبارته واهليته بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري لكان ذلك واجيب بان نفوذ العتق يقتضي ملكا مستقرا كما في الوراثة فيمن تزوج امة ثم جحد على رقبتها فاجاز المولى ورثت الامة مهر الجحيد ولم يفسد النكاح ولا يملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر بينتقل في الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه مخالف لاطلاق قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي ابو زيد الوكيل نايب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم لا ينتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق وابا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا احسن قال المصنف وفي حلية العيب تفصيل نذكره واراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشرا بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قال وكل عقد يضيفه الى موكله هذا ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المراة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه لو اضافه الى نفسه كان النكاح له فكان

كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما في المذهب الاول
قال المصنف وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه بمعنى لزم السبب في هذه العقود اسقاط
فتلاشى ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظاهر واما فيه فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن
لكونهن من بنات ادم كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك
اسقاط لما لكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه بغيره ولقائل ان يقول ليس الكلام
في نقل الحكم بل فيما هو من نقل الحقوق كما قابله قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب انا قد قلنا
في المذهب الاول ان الحكم يتصل بالموكل او يثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل السابق وبقي الحقوق متعلقة بالوكيل رعاية
اعتبار العبارة ولهذا الحكم لا ينفصل عن العبارة الا بالتاخير بشرط التاخير ولا يتغير لكونها للاسقاط فيما الزمني
للوكيل او بنقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وما في الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار
بقوله فكان سفيرا ولله در على فضله وتنبيهه للطايف الاعتبار لنت جزاه الله عن الطالبين خيرا قال
والضرب الثاني اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فيضيف الى
موكله والحقوق ترجع اليه والاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو
لانه معاوضة قال ولكان كالبيع فتتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان او يتصدق بماله
او يقرضه او يعير دابته او يودع متاعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امر به جاز على الموكل باضافته اليه
مثل ان يقول وهبه لك موكلي او رهنه وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية
والرهن والعوض ممن عليه قال المصنف رحمه الله لان الحكم فيها يعني في الصورة المذكورة يثبت بالقبض
والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي محلا مملوكا للغير فقوله فلا يجعل اصيلا معناه اصيلا في الحكم وليس
الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيها تثبت الحكم
بالعبارة وحدها فيها لم تقبل الحكم الانفصال عنها اسقطت الى الموكل كعبارة سفارة فيهما احتاج
الى القبض او لي لضعفها في العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة
او الارتهان او الاستيهاب فان الحكم والحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال
واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض وندفع بانه
لابد له من اضافة العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فيصار كما اذا قبضه لنفسه ولذا اذا وكل بعقد الشركة
او المضاربة كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله
وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم ان اي عبد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة واذ بذلك
ما تيسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله ولئن سمح ذهنك بخلافه فلا تلومه فان
جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز ورد بالتوكيل بالشرا
فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله وهو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه
هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل اتفاق القرض لا الاستقراض
فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس
ثمة بدل على المستعير او الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل
التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محلهما فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها
بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك كان قبيل فليكن في الاستقراض
كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد

خلفا

خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيهما بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل يجب
للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب
على ان الرسالة جائزة تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض
للامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك كذا فحينئذ يثبت الملك للمستقرض
يعني المرسل قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه
اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الموكل عن قبضه فنهاه
الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح
ولم يكن للوكيل ان يطالب به ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع
اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة
الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض
قوله ولهذا توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة ولو كان له عليهما دين
وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو
ابراه جميعا بغير عوض وخرج الكلام منهما معا براء المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل
بشيء فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين
اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغير عوض وللوكيل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان يبرئ المشتري
بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض
وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا يضمن الوكيل
والجواب ان الثمن حقه مجاز لاني وليس الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابرا سقط حق القبض وليس للموكل
حق القبض فلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة والسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن
يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف رحمه الله
فقال الثمن ملك الموكل لا محالة وليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن
ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا انفا
فلما كان الواجب ان المحجور من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لا يعرض الموكل وصول الثمن اليه اجيب
بان في المقاصة وصولا معتقدا ما ان كانت بدين الموكل ومنافيا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

باب الوكالة بالبيع والشرا فصل في الشرا

قدمه من ابواب الوكالة لما هو اكثر وقوعا واشد حاجة وهو الوكالة بالبيع والشرا وقدم فصل الشرا لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد
قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فاذا وكل رجلا بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه
وصفته اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس
عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين
بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا
بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اوليك وبالنوع الصنف فمن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون بعينه او

والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه
ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف
او الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الايتمار بامره واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان
الفعل الموكل به معلوم وهو الشرا والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشرا بل هو شرا
نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الاول وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي
ما رايت فانه فوض الامر الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الآمر والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل
في باب الوكالة استحسانا والقياس يابى لان التوكيل بالبيع والشرا معتبر بنفس البيع والشرا بان يتحمل الوكيل
كالمشتري لنفسه من البائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره
ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه
توسعة ضيقا وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة
مما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان
تحمل جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة وان بين الجنس
بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة فان ضم اليه ذكر بيان النوع او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف
كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لاخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن او لا
للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والبغال
والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته
مهرا وكذا الدار لتشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض
والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى
مراد الآمر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن واذا
قال اشتر لي عبدا او جارية لا يصح لان ذلك يشمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو
الذي ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة
وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال
ويتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة ولم يبين الصفة
[…] وفايدة ذكر وضع الجامع الصغير بيان اشتمال اللفظ على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه
اي الجوالق والرداء والبسط […] ومن دفع الى اخر دراهم وقال
قال ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا
للحقيقة كما اذا حلف لا ياكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم ووجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى
ولهذا يرجح بالاعتبار من القياس والعرف في شرا الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها كما لو اهدى الحق
اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل
مطعوم قال بعض المشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ
والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على
الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق ولهذا ظاهره يدل على ان ما ذكره اولا مطلق اي سوا كان الدراهم
قليلة او كثيرة اذا وكل بشرا الطعام ينصرف الى شرا الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل
مخالف للاول وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل

في

في الاول وذكر ما يدل على ذلك في المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها
خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة واقول في تحقيق
العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها تعين افراد
ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة
ليشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك قال واذا اشترى الوكيل ثم
اطلع على عيب واذا اشترى الوكيل شيئا وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشتري بيده او دفعه الى الموكل
فان كان الاول جاز له ان يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني
لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي ولكون الحقوق كلها
اليه كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم الى الموكل قال ويجوز التوكيل
بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه
الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل
يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه العين على ان يكون الثمن
لغيره لا يجوز فكذلك في الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل حفظا
للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبان التوكيل بالشرا جائز لا محالة والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل
مطالب به فلم لا يجوز ان يكون المال للمسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه واجيب عن الاول
بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها
فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على ما ورد النص والنص قد ورد
بجواز قبوله فلا يتعدى الى […] وعن الثاني بان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص واحد يملك البدل له
وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشرا يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته فان قيل فاجعل المسلم فيه
في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشرا فالجواب هو الجواب عن السوال الاول المذكور انفا
واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر
على وجه التمليك منه كان قرضا عليه والفرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى نفسه او الى الآمر على وجه التمليك لاطلاق
ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم في المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف
صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا يتعلق به كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما
وان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غايبا
عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالعاقد بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل ومفارقة الموكل
غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد وقوله بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع في بعض النسخ
بخلاف الرسول لان الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف
والرسول من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه لا يجوز الوكالة من جانب المسلم
اليه فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة في العقد لا في القبض والا
لكان افتراقا بلا قبض اذا كانت فيه منتقلة الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد
فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشرا الثمن من ماله اذا دفع الوكيل بالشرا الثمن من ماله

وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية اي صار الوكيل
كالبائع والمشتري لثبوت امارتها فانهما اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا
بالمشتري يرده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فان قيل لما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون
دليلا عليه قلنا الفرع المختص بالاصل وجوده يدل على وجود اصله فلا امتناع في كونه دليلا وانما الممتنع
كونه علة لاصله واذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته يرجع عليه قوله
ولان الحقوق دليل اخر وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن
ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه مطالب
بالدفع لقبض وكان راضيا بذلك الاداء به دلالة وهلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط

المبيع صح

الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك
في يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل
وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا الاصل من ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع او لا وقال
زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه والحبس في المتسلم
غير متصور ولنا في ذلك طريقان احدهما ان هذا التسليم الاختياري لا يسقط حق الحبس
لان المبادلة تقتضي الرضى وهذا التسليم ليس لذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل
لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن ان يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس
والثاني ان نقول ان قبض الوكيل في الابتداء متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون
لاستيفاء حقه وانما يتبين احدهما بحبسه فكان الامر فيه موقوفا في الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان
عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا لنفسه ولم يكن الموكل قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا
ضمان الرهن عند ابي يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع
عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة يسقط الثمن به قليلا
كان او كثيرا وضمان الغصب عند زفر فيجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان
ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر وزفر يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض
الموكل وليس له حق الحبس منه فصار غاصبا ولهما اي لابي حنيفة ومحمد ان الوكيل بمنزلة الوكيل كما تقدم

البائع من صح

والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان
لذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا
حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقرر جهة كونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس
فقبضه كان للموكل فاشبه الرسول فهلك عنده امانة ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء
بعد ان لم يكن لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس لما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك
فهو معنى الرهن لا معنى البيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا الاثبات مدعاه وقوله
بخلاف المبيع لتحقيق قوله لا معنى البيع ان المشتري ليس كالمبيع ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع
وههنا لا ينفسخ اصل البيع لتحقيق قوله معنى الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المصنف بقوله

قال

ملكا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع ومثله العقد كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده
ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل فصار ذلك منه مغالطة على ابي يوسف لانه لا فرق
بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني
لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه في الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب
عن موضع النزاع وانت لما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع
ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت حق التامل وجدت ما ذكره جانبا اي كوف
غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة البائع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم
منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان دليله احاديا قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم
ه وكله رجل بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة (اي غلطا او مغالطة)
ارطال بدرهم او مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول لزم للموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة
وما لا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل
اي في وكالة المبسوط في باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه لزم الامر عشرة منهما بنصف درهم
والباقي للمامور لابي يوسف ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال والوكيل لم
يخالفه فيما امره وانما خالفه في ظنه خالفا للواقع وليس على الوكيل ذلك شيئا اذا زاد خيرا وصار كما اذا
وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامره بشراء الزيادة فظن
ان ذلك القدر بنصف درهم وقد خالفه فيما امره به فينفذ شراؤهما عليه وشراء العشرة على الموكل لانه
اتى بالمامور به وعليه بحث من وجهين الاول ان لا يلزم الامر شيء من ذلك لان العشرة تثبت ضمنا
للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول ابي حنيفة كما اذا قال
لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلثا لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به

[illegible] صح

فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا له والثاني انه اذا امر ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى ثوبين كل واحد منهما يساوي
عشرة قال ابو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما يعني لا يلزم الامر منهما شيء والمسئلة كالمسئلة حذو القذة بالقذة
واجاب عن الاول الامام حميد الدين في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع الا في
ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه واما فيما نحن فيه فكل قصدي لان اجزاء الثمن
تتوزع على اجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال
والتفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكان مما فيه وح كان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شاء
بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم كالثوبان ولن يتساويا في القيمة الا لوجه ذلك بالحزر والظن وذلك
لا يعين حق الموكل فيبقى حقه مجهولا فلا يسعه على ذلك العدالة في التسمية لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصته
من العشرة لان القيم لا تعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب
المحيط واما عند غيره فلا بد من تعليل اخر ولعل ذلك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه
قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوبين

فانه لم يتطرق الخلل في احتمال البيع كثيره فاذا وجود وطول دعوى حادث دفعه ودفعه واجله كونه حاصلا
لصنع العبد ومحل الشهود البينات فلا يلزم جعله من محل هو اهل للعقوبة بخلاف ما استشهد به جواب عن
تمثيله اي لو وقع التنازع فيه فيما لو وكل ببيع العبد بالف وبيعه بالفين فان الزيادة ههنا بدل ملك الموكل فيكون له
ورد بان الدراهم ملك الموكل فيكون الزيادة بدل ذلك فلا فرق بينهما والجواب ان الزيادة ثم تستبعد انه لا بدل
فكان الفرق ظاهرا والحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وافاد وكل ان الالف
الزائد لا يفسد بطول الكلب بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة اخرى وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف الامر
ولئن كان الثاني كان للمشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر تناول السمين والمشترى هزيل فلا يحصل مقصود
قال ولو وكله بشراء شيء بعينه ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى
تغرير الموكل لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه
فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل
الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما تحصل به المخالفة فاذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه
او لم يسم فاشترى بغير النقود او وكل رجلا بشرائه فاشترى وهو غائب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل
لانه خالف الامر فينفذ عليه اما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وكذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف
نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا لانه مامور بان يحضره رايه ولم يحفظ لذلك حال غيبته
فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امراة بعينها اذا انكحها من نفسه بمثل المهر المامور به فانه
يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف في المهر المامور به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف
الى الموكل والموجود فيه ليس بمضاف اليه حيث انكحها من نفسه فان الانكاح من نفسه هو ان يقول
زوجتك وليس ذلك بمضاف الى الموكل لا محالة فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل واذا عرف
ما به المخالفة عداه موافقة مثل ان يشتري بالمسمى من الثمن او بالنقود فيما اذا لم يسم او اشترى
الوكيل الثاني بحضرة الوكيل فينفذ على الموكل لانه اذا حضر رايه لم يكن مخالفا فان قيل ما الفرق بين التوكيل
بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك الاجنبي فبلغ الوكيل
فاجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثاني اذا طلق او اعتق بحضرة الاول لا يقع في الرواية
في الدين والتتمة واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الراي الى الوكيل
وتفويض الراي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي ولا حاجة فيهما اذا انفرد اعني ما الى الراي
فجعلناها مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المامور به
مامورا بنقل عبارة الامر لا بشيء اخر ويدل الاخراج والاتيان ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل
واما في البيع والشراء ونحوهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانه يحتاج فيها الى الراي فاعتبر المامور وهلا
والمامور به حضور رايه وقد حضر بحضوره او باجازته قال ولو وكله بشراء عبد بغير عينه
اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه
بمال الموكل وقوله لهذا المحتمل يجوز ان يكون حال النقد من مال الموكل وان يكون الاضافة اليه

عند

عند العقد وهو المراد عند المصنف وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما ان يضيف العقد الى مال الموكل
او الى مال نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان الامر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا او الشراء لنفسه
باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم الامر وان كان الثاني كان
للمامور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ويجوز ان يكون قوله
حملا لحاله على ما يحل له شرعا او لفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له
ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه
والعادة مشتركة لا محالة والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان
كان الثالث فاما ان نواها للامر او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا
التوكيل لانه توكيل بشيء بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم
النقد بالاجماع فمن كان من نقد الثمن كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك المامور حمل حاله على
ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد
لنفسه الا اذا اثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له والغرض عدمه وقال ابو يوسف
يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن اي المالين
نقد تعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما يحتمل انه كان نوى للامر ونسيه قوله وفيما قلنا
يعني بحكم النقد حمل حاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غاصبا
كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا
اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه انه نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم
الوكيل كان له وذلك بنواه للموكل لا يعتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا على انه لم تحضره النية
وقت الشراء انه يقع للوكيل او يحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق
لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري او يشتريه بمال الموكل على الاضافة اولى ولهذا قال المصنف
وهو المراد عندي يعني الكلام محمول على الاضافة الى النقد كانت تبقى ان لا يفيد شيئا لان النقود لا تتعين
بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة
تتقيد بها على ما سيجيء من انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة
واذا تقيدت بها لم يكن المشتري بغيرها من موجبات الوكالة قوله والتوكيل بالاسلام على هذه
الوجوه انما خصه بالذكر مع انه علم حكمه من التوكيل بالشراء لقول بعض مشايخنا لو
في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم يحضر النية فالعقد للوكيل اجماعا والحكم النقد وانما الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على
قول ابي يوسف بان للنقد اثرا في سعيد البيع فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جعل مبدله

مستبان بالعقد وليس الشرا الذلك فكان العقد للعاقد فعلا بقضيه الاصل قال ومن امر رجلا
لبشترا عبد بالف فقال قد فعلت وانكر الموكل فاما ان يكون
التوكيل بشرا عبد معين او غيره والاول يجي والثاني اما ان يكون العبد حيا عند الاختلاف او ميتا وعلى
كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غير فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للامر لان المامور اخبر
عما لا يملك استيناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الامر فان سبب الرجوع على الامر هو العقد وهو لا
يقدر على استينافه لان العبد ميت وهو ليس محل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لان لو
الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله لا يملك استينافه معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله
وهو راجع للامر معنا وان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل
قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك
عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استيناف الشرا الكون المحل قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه قال قيل
لو وقع الشرا للوكيل لبيعه بعد ذلك للموكل اجيب بان يملك استيناف الشرا دايرمع التصور
ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بايعه ويشتريه للموكل وعند ابي حنيفة القول للامر لانه موضع تهمة
بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا
لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة ولا تهمة ههنا يعني فيما نحن فيه
حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة وان كان التوكيل بشرا عبد بعينه
ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سوا كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما عندهما فلانه يملك استينافه واما
عند ابي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشرا شي بعينه لا يملك شراه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال
غيبة الموكل على ما مر ان شراه وكالة بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره
فانه لو فعل ذلك جاز ووقع الشرا له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان تهمة المذكورة من جانب
ابي حنيفة وان كان العبد ميتا والثمن غير منقود فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة
الامانة وان كان غير منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع على الامر
وهو منكر فالقول قوله قال ومن قال لاخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان لفلان ان ياخذه لان قوله السابق
لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان ابى ان يكون امره بذلك فان لفلان ان ياخذه ولا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل
يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بالشي لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل
لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون للشفاعة كالاجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال
الشفيع سلمتها لك اي لاجل شفاعتك فلما خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسوال التسليم من
الاجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة موجودة فيما نحن فيه وان قال فلان لم امره ان يشتريه له
لم يكن له ان ياخذه لان الاقرار ارتد بالرد الا ان يسلمه المشتري له اي الا ان يسلم المشتري له
المشتري لاجله اليه ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم فلان العبد المشترى لاجله وفي عليه ضمير يعود
الى المشتري بناء على الرواية بكسر الراء وفتحها فيكون بيعا وعليه العهدة اي على فلان عهدة الاصيل لتسليم الكيل

اي بدفع الثمن الى الوكيل من حيث

هذا هو الموعود بقوله والاول يجي

لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلمه المشتري لاجله ودلت المسئلة على ان التسليم
على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن
في باب البيع قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين
باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق غير مقيد شرايهما معا ولو بجمع فقد لا يتفق الجمع
بينهما في الشرا الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز
لانه توكيل بالشرا وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش
ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سوا فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى
باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سوا وكلما كان كذلك يقسم بينهما نصفان لوقوع الامر بذلك
دلالة فكان امرا بشرا كل واحد بخمسمائة ثم الشرا بها لك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر
قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الامر
اذا اشترى احدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بالبقية من الالف قبل الاختصام لثبوت
المخالفة ووجه الاستحسان ان شرا الاول قائم فاذا اشترى الثاني حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين
بالالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال
ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري
بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس لكن لا بد
ان يبقى من الالف ما يشتري به الباقي ليحصل غرض الامر قال ومن له على اخر الف درهم ومن له على اخر
الف درهم فامره ان يشتري بها عبدا معينا صح على الامر وان لم يقبضه او مات قبله عند المامور لان
في تعيين المبيع تعيين البايع ولو عين البايع جاز كما سنذكره فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري
بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الامر فهو له لذلك وان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه الامر
مات من مال الوكيل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للامر اذا قبضه المامور وعلى هذا الخلاف
اذا امر من عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف
صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط
القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كان او عينا الا ترى انه لو
تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد
فيه سوا فصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده وصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين ولابي حنيفة رحمه الله
انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط
الدين بطلت ونقل السغناقي عن الاصل ان الوكيل بالشرا اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان
يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها يكون مشتريا للموكل فالطعام للموكل وهو ضامن لدنانير الموكل
والمسئلتان تدلان على ان النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكور في الكتاب انه فصل فيما قبل القبض
وما نقله والاخرى يدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا على قول
بعض المشايخ بعد التسليم ان الوكلاء واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه

ملع

ذكر في الذخيرة وقال قال محمد رحمه الله في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف درهم جارية ولم يره
الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل قال والاصل
ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر
بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما
بعد التسليم الى الوكيل هل يتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يتعين لما ذكرنا وعامتهم انها لا تتعين قال
وفائدة التعيين بعد التسليم على قول العامة توقف بقاء الوكالة على بقاء الدراهم المنقودة وهذا قول صحيح لان التعيين
المراد به التوقف على بقائها وقطع الرجوع على الموكل بما وجب للوكيل عليه ولعل من يقول بعدمه في كلام المصنف
نظر لانه اسند الى ضعيف بقول بعض المشايخ الذين جاءوا بعد ابي حنيفة بما بينه والجواب ان المصنف
لم يعترض ان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك كان على نقل عن محمد على ما نقله في الزيادات
من التقييد بعد التسليم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به
وتعلل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضي خان ميله يدل على ذلك ورد بانه يخالف المذكور في شروح الجامع الصغير
في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد
المصنف بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم
مثلها مقامها فيصير كان عليها بالحصة فذكر الاستهلاك ليبين تساويهما في بطلان الوكالة بهما قوله واذا تعينت
بموجبه الدليل ولعدم ان يتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه
الدين من غير ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري
بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من بكر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز
لذلك او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها
فكان ما ادى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر
بدفع ما ليس بملكه باطل وصار كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه
الامر الا بالقبض للدين بحال ان المديون بنفسه قوله بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان
الموكل عين البائع او المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للآمر لانه يصير البائع اولا وكيلا عنه في القبض
ثم يتملكه ولهذا ذلك لانه يتملك من غير من عليه ولا امر بصرف ما لم يقبض واعترض عليه بانه لو
اشترى بدين على غيره يعني ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز
هناك لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير وقوله بخلاف جواب عن قياسهما على الامر بالتصدق
ولم يذكر في الكتاب وقدمناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر وقوله واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث
يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يصح لم يعلم بعد غير صحيح نفذ الشراء على المأمور فاذا هلك
عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الآمر منه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده كان من ماله
قال ومن دفع الى آخر الفا رجل دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها
فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول للمأمور ومراده اذا كانت تساوي الالف
لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول قول المنكر
فان كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للآمر لان الوكيل خالف الآمر حيث اشترى جارية تساوي
خمسمائة والآمر انما امره بجارية تساوي الفا فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه ولو اختلفا فالقول للآمر اما اذا
كانت

توقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم

كانت قيمتها خمسمائة يعني لم يعلم للشراء وان كان قيمتها الفا فمعنى قوله فالقول للآمر يتحالفان ويسدفع بدونه فيقال
في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان يلزم الآمر شراؤها لان المأمور اشتراها بالف او باقل منه
لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الآمر وهذا لانهما في هذا اي في هذا
الفصل نزلا منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ
العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المأمور وفيه مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر التحالف فالامانة
وان لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة بما الحاكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من
اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد واذا امره بشراء عبد
بعينه ولم يسم له ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه فيما لا يخالف فيه ههنا وهو
قول ابي جعفر الهندواني لان تصديق البائع رافع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشاه لزم الآمر
فكذا ههنا بخلاف المسألة الاولى فان البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرنا
فان فصل المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف كما لم يجابه بقوله وقد ذكر يعني محمدا رحمه الله معظم
يمين التحالف وهو يمين البائع لان البائع وهو الوكيل مدع والآمر على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الموكل
فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى
قوله والبائع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ان يرفع الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي
عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا في رفع الخلاف والتحالف قال المصنف وهذا قول الامام ابي منصور
وهو الاظهر قال في الكافي وهو الصحيح فصل في توكيل العبد بشراء نفسه لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا
على مال لم يكن من مسائل فصل الوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشراء
نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسألة الاولى وان يوكل العبد رجلا ليشتري
نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف يحتملهما ولهذا يحمل الالف واللام بدلا من المضاف اليه
وجعل العبد مضافا الى الفاعل او المفعول وذكر احدهما متروك مسائل الفصل لو وكل العبد رجلا او في توكيل العبد رجلا
قال واذا قال العبد لرجل اذا وكل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه
فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه او لم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء
للمولى اما انه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من
العتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير حيث اضاف العقد
الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما ان الولاء للمولى فلانه اذا
كان اعتاقا اعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة
يجب العمل بها مهما امكن وقد امكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل
بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي بخلاف
شراء العبد لنفسه فان الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز واذا كانت معاوضة يثبت الملك له والالف
للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثلها ثمنا للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يصح
قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد لنفسه حتى عتق
هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفيما اذا امر الوكيل للمولى انه
اشتريته للعبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكره في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول

مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفي كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق
ببدل ولو لم يجب عليه الف لو كان اعتاقا بلا بدل ولهذا بخلاف شراء الوكيل العبد من غير العبد يعني
لو وكل اجنبي اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا اشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء انه يشتريه
لموكله لوقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي
الحالين اي حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله يوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان
اما ما نحن فيه فان احدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه
اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه ح وربما ينفر منه والآخر معاوضة محضة والمطالبة
على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف عيسى بكذا فاستعمل استعمال
وقوله والمطالبة على الوكيل يشير الى رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد
دون الوكيل وذكر في باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل
وهكذا ذكر في وكالة الجامع ووجهه ان توكيل بشراء العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره وهناك يصير هو
المطالب بتسليم البدل فكذا هاهنا ووجه الاول هو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير
فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود عليه شي فلا يتوجه عليه شي من المطالبة
بتسليم البدل قال ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فهذه هي المسئلة الثانية ومن
وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى الموكل
بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد او العبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء
نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها للمولى حتى لو اقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه
من حيث انه مال فكان يوكله بشرائها كتوكيله بغيره من اموال المولى وكتوكيل اجنبي بشراء نفسه
الا ان ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده حتى لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء
الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهو بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن
لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يجعل تسليمها يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض
الوكيل انه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للموكل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب بان كون ماليته
في يده امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري جاز ان لا يعتبر وفيه نظر لان ماليته
امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب
ان يقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا باعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة
واما مالية العبد فلانها لا تنفك عن نفسه فاذا اخرج الاعتق من ملك البائع وماليته لا تنفك عن نفسه فيصلت اليه ولا حبس
بعد التسليم قوله فاذا اضافه الى الآمر يصح الدليل ويوجبه العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه
لانه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شرائه اذا اضاف العقد الى الآمر صح فعله امتثالا لان العبد لما اضافه
الى الآمر صح فعله امتثالا فيقع العقد له فهذا على حر يوكل بشي وفعله وقوله فيقع فهو للآمر لا
لان العقد تم بقول المولى بعت وهو خلاف ما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى الموكل انما تفيد الملك

اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت
لم يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى
لنفسه كما يأتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد
بعني نفسي فان قلت اذا اضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد لكونه العاقد
فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق واجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره
مع مولاه فان المباشرة به يتضمن صحة المباشرة والاذن ولو اضاف الى نفسه فقال بعني نفسي
فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشراء
شي بعينه فكيف جاز له ان يشتري لنفسه اجيب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال
فكان نحو الفاسد عليه كما تقدم وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين
الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع لمباشره
وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة
واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثم قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد
الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك والثابت بقوله وقد رضي به المولى
دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول
الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه
وهي خارجة عن مفهوم اللفظ **فصل في البيع** لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام
التوكيل بالبيع وما ذكر لتقدم الشراء انه فهو وجه تأخر البيع قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان
يعقد مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز له ان يعقد مع من لا تقبل شهادته له اذا
كانت مطلقة عن التقييد لعموم المشيئة عند ابي حنيفة رحمه الله بمثل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة
الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي
وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير عند ذلك المقدر ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تقرير الاقوال
مثل الدلائل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل
منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز بالاتفاق وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي
وعلى ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات غير جائز عند ابي حنيفة في رواية
الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب
من جانبهما قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا
والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة هاهنا لانها اما ان يكون من حيث ايثار العين او المالية وليس بشي
منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة بحيث يحل للابن وطي جارية نفسه ولو لم تكن ملكه متباينا
عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطيها ولا حل له وطي جارية ابيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك
يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان البيع بمثل القيمة بنفسه واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب
القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما لم يجوز من عبده لعين الكلام اذ من عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد

لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما
مخاصما في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام مقابلته بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولى حق
في اكتساب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته ولا تزويج عبده فينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة القول
بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت
موضع امانة ولهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه
فكان فيه تهمة ايثار العين فجعلنا الفرق لابي حنيفة في تجويز بيع المضارب من هو لا يقبل الغنيمة ظهور الربح او لم يظهر
مع انه قبل ظهور حكم الوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك
رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه مع هولاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف
على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف يستتر وطه بشروط عرى عنها
غيره فكانا مما يوهم عدم جوازهما مع هولاء فبين ان الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل قال والوكيل
بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان
التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل
بشراء الفحم بايام البرد وبالجمد بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر وبايام الصيف
وبالاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية
لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من
الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه
اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله
مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل
بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قوله
والبيع بالغبن متعارف جواب يعني سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعين اي العرض متعارف
عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة او لغيرها وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالي بقلة الثمن
وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم
فيندفع نزاعه ويظهر مكابرته والمسائل المذكورة مروية عن ابي يوسف في ذلك الوجه واما عند ابي
حنيفة فهي على الطلاق والبيع بالغبن او العين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن
او العين فنوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف لا يأكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل
بشري اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الامر واجيب بان التوكيل
بشراء اللحم انما يقع على ما يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه
فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقها فاختلف الجواب لذلك واما البيع بالغبن فلا يخرج
عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل
لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي اجاب بقوله غير ان الاب والوصي
لا يملكانه ومعناه ان فلا ينافي الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مامورين سلمنا ذلك لكن ليس امرهما مطلقا
بل يتقيد بشرط النظر والنظر فيه ولا نسلم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع حقيقة
كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي

بطريق

ما كان

خلاصة هذا انه معا
مطلقا في البيع فعلى
في الوكالة بذلك
والعرض به لانه لا يلزم
من جريان العرف
في اليمين

بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع وكلاهما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ويجوز ان يقال
البيع في الحقيقة عبارة عن ازالة ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوسلا
اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع ما ليس باعتبارين
بمعنى كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه ويدل للتهمة البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فلسقطها قبل
اذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فبماذا رجح ابو حنيفة جانب البيع وجعله اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به
وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب ان لا يجوز المقايضة الا اذا كان ما يقابله من
العرض مثله في القيمة او ما هو مثله فسر الكلام قال الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وذلك لان الموكل اطلق في توكيله البيع
فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ويجوز له ان يبيع ما عنده من ولا يلزم الوكيل بالعرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاول اصلا
لان موكله لا يملك ذلك بالنص وكذا وكيله فعليك بهذا لو تقطنته على ما في الكتب ولاحظ بعين البصيرة تحد المنقذ للفقيه
قال والوكيل بالشراء يجوز عقده الوكيل بالشراء يجوز له ان يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش
لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه او وجده خاسرا الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء
شيء بعينه قالوا ينفذ على الامر لانتفاء التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه والمراد بقوله قالوا عامة المشايخ قال بعضهم لا
يتحمل فيه الغبن اليسير كالفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امراة باكثر
من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه يطلق
العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت
تقويم المقومين فيكون معناه ما لم يتغابن فيه قال شيخ الاسلام هذا التحديد فيما لم يكن قيمته معلومة في البلد كالعبد
والدواب فاما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء الا يسعد على الموكل وان قلت الزيادة كالفلس مثلا
لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا احتاج ههنا للعلم به فلا يعذر وقيل
الغبن اليسير دون الظاهر وقيل الفاحش وقيل على سوق الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي
العقار ده دوازده فاذا كان الغبن في هذا المبلغ كان يسيرا لزم الامر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والعقد بحد هذا
الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرتها ووقوعه في القسم الاول كثير
الاجناس قليل وفي الاوسط متوسط وفي الاخير قليل لا يقطع به بل تجربة مجملة اصلا والدرهم في العروض اجلى فقدر
يتسامح به في المماكسة فلم يتجنب عما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصف فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك
بحسب الواقع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه والله اعلم
قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز وه واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله
لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه واستوضح بقوله الا يرى انه لو باع الكل بثمن النصف
جاز عنده فاذا باع النصف اولى وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف
لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال
بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة
وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما قال وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه
فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكرنا من الدليل الفارق في الوكيل بالبيع والفرق لابي حنيفة ان التهمة في الشراء متحققة

بيع
مقابلة

لو صح

على ما امر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الى اخره وفرق لقول الآمر في البيع يصادف ملكه فتصح فيعتبر فيه
الاطلاق فيملك بيع العبيد كله او نصفه واما الامر بالشرى فانه صادف ملك الغير فلم يصح ولا يعتبر فيه العقد
والاطلاق اي اطلاق الامر وتقييده فيعتبر فيه العرف والعرف فيه ان يشترى العبد جملة ولقائل ان يقول
هذا المعلل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشرى لان التوكيل بالشرى امر بالشرى ووقوع الامر بالشرى
صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان
النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشرى الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل
لكونه ملكه وصرفناه الى المعقود عليه عملا بالدليل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس
والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى قال ومن امر رجلا ببيع عبده ومن امر رجلا ان
يبيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري على البائع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضاء او بغيره فان
كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب يحدث مثله او لم يكن فان لم يكن فاما ان يكون العيب ظاهرا والقاضي
عاين البيع او لم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة من بينة او نكول واقرار لان القاضي تيقن بحدوث العيب
في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج الى الرد اليها وان لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل
لانه اذا لم يعاين البيع فيحتاج الى التاريخ فيحتاج اليها لظهوره وكذا لم يكن العيب ظاهرا كالقرن في الفرج والمرض
الدق فيحتاج الى النساء والاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء والطبيب فيحتاج الى الحجة
وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية
القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده ببينة او باباء يمين
فكذلك لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار
عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر وان رده باقرار لم يلزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه
امكنه السكوت او الانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضي بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينته
او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له
ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه وفيه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار وسقط ما قال في النهاية
اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب
يحدث مثله او لا فان كان الاول وكان رده باقرار لم يلزم الوكيل وليس له ان يخاصم آمره وعبر عنه بالبائع لان
المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه صار قد حصل من جهته فكانه باعه اياه ولانه بيع جديد في حق ثالث
حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء والبائع اي الموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد بالقول لزم
بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع
الامر اليه فانه لو رفع الامر اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك وكان
ذلك ردا على الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الآمر وليس للوكيل ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد
في حق ثالث وقوله الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع
ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم امكانهما لانه لم يعلم القضاء قال ومن قال لآخر امرتك ببيع
عبدي بنقد الخ اذا اختلف الآمر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد

فبعته

فبعته بنسيئة وقال المأمور بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته
ومن يستفاد الامر من جهته اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك
بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء
لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من
الاطلاق ولو اختلف في ذلك المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البز وقال
المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال
الا ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت
دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث يكون القول
لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر قال ثم مطلق الامر
بالبيع ينتظمه نقدا او نسيئة الى اي جهة كان متعارفا عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها كالبيع
الى الحصاد فانه عند ابي حنيفة يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز
بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده
او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفيل هاهنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان
لا ببراءة بل ... على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو ان ياخذ كفيلا
وبرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم عليه ببراءته ويموت الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل
اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك
عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز فانه
يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل
بالبيع يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض فصل وهذا بيان وكالة الاثنين
وكالة الواحد ظاهرة طبعا ووضعا واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف
لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب ليس
لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر سواء كان مما يلزمهما الاحكام او احدهما صبي او عبد محجور لان كان التصرف
مما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لانه قال وكلتكما ببيع كذا او بخلع لذا لان الموكل رضي برأيهما لا برأي
احدهما ولو كان احدهما او ذهب عقله ليس للاخر ان يتصرف وقوله والبدل وان كان مقدرا جواب عما يقال
اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز ان يتصرف احدهما ووجه ذلك ان البدل وان كان مقدرا
لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل ان يزيد الثمن ويختار المشتري من هو احسن اداء للثمن وقوله
الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر يعني ان احد الوكيلين
يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر
للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء وقوله والرأي يحتاج اليه سابقا لتقديره للدفع وقوله قال ليس لاحدهما
ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرأيين

بيع

حصل لعموم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك وقوله او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى
فاذا وكل رجلين بطلاق امراته بغير عوض فطلق احدهما وابى الاخر ان يطلق فهو جايز وكذا بالعتق المعين وكذا
اذا وكلهما برد الوديعة او بقضاء دين عليه لان هذه الاشيا لا احتياج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد
فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن
وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مامور بقبض النصف
اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مامور بقبض شيء منه قوله وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال
لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان
تمليكا صار المطلق مالكا فلا ينفرد احدهما على التصرف في ملك الاخر فان قيل ينبغي ان ينفرد احدهما على نصف تطليقة
واحدة بان فيه ابطال حق الاخر فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال
مع قدرتهما على الاجتماع ولو لانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق فيكون
معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا هنا فان قيل ففي قوله طلقاها
ايضا معلق بفعلهما فيقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على التعليق فانه ليس
فيه حرف الشرط ولذا قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايديكما مفوضا الى رأيهما اجيب
بانه ليس محتاجا الى الرأي بخلاف الامر باليد قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به ولبين
للموكل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه ولهذا انه رضي برأيه والناس
متفاوتون في الاراء فيه تشكيك وهو ان تفاوت الاراء مدرك بيقين والاحاجة التعليلية فجاز ان يكون الوكيل الثاني
اقوى رأيا من الاول وايضا الرضا برأي الوكيل ورد توكيله متناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا او فوقه في ملك الاول
لما وكله فورد توكيله مع الرضا برأيه في الاجتهاد ولكن يجاب عنه بان العبرة للفوقية في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل
وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم ياذن له بالتوكيل الظاهر
من حاله انه ظن ان لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله مناقض لظنه فلا يجوز قوله الا
ان ياذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه ان اذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره
او اطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه
واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول
وقد مر نظيره في ادب القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك
الى اخر ما ذكرته قال وان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأي وقد حصل
قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة فهو كما ذكر في الذخيرة في
ما الفرق بينهما واجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني
بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع
اخر فيها وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز على ان
انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول
محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ ولهذا لان الوكيل الاول الوكيل
الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده يحتاج الى الاجازة البتة
ومنهم من جعل في المسئلة روايتين ووجه عدم الجواز بدونها ما ذكر ووجه الجواز ان المقصود حضور الرأي

وهو

وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احد وكيلي البيع وفيه نظر
اما اولا فلما نقل عن محمد رحمه الله فانه قال والوكيل الاول حاضر او غايب فاجاز الوكيل وليس ذلك
نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غايب فقط واما ثانيا فلانه
معارض بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكرنا ولو صح كونه فضوليا في احد وكيلي البيع ليس كوكيل
الوكيل لانه مامور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط الصحة
عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط الصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان
يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضى لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن
سكوته رضى لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف بغير اذن من صاحبه هذا ما سنح
لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب قوله وتكلموا في حقوقه يعني اذا باع بحضرة الاول
حتى جاز فالعهدة على من يكون لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال على الاول
لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني
دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت
الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الموكل الاول لم يجز لفوات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل
فبلغه فاجازه لحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن
ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز
لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على القدر المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين
وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما
في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري
واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود
في المبايعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل الاهدى لتحصيل الارباح وذلك انما يكون
في الوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بغيابه الا في عبارته
مجرد العبارة قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته يعني اذا زوج المكاتب او العبد
او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع او الشراء لم يجز ذلك
وانما احتاج الى التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك
جايز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق فلان المرقوق
لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره وليس بموجود
واما الكافر فلا ولاية له على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته
عليه ولانه لا بد من نظرية ولا يحتاج الا قدرة وشفقة يتحقق بمعنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع
الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي
ابعد من الذمي ولذا لان حينما فيما لان الذمي صار منا دارا والحربي لم يصر منا دارا ولا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف

معلق

بلغ

وكيله صح

يعني ان في المسئلة روايتين في رواية انه يجوز بلا اجازة ومن قول لا يجوز حفظ

عن الاسلام دعوى الحربي فاذا اسلمت ولانها الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه في ماله ولئن كان فاذا
عندهما لكنه موقوف على ولده وقال ولده بالاجماع لان اسلم جاز والا فلا لانها والاية نظريه وذلك اي الولاية
النظرية ساقطة المذكر او بان استعمال ذلك مشترك بالحاق الملحقة والملة مترددة لكونها بعد وجه
في الحال لكنها مرجوا الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قيل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده
ولئن اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فصحت ولما كان ابو يوسف ومحمد تركا اصلهما في نفوذ تصرفات المرتد
خصهما بالذكر بقوله قال ابو يوسف ومحمد ولئن كانت المسلمة بالالحاق باب الوكالة

بالخصومة والقبض اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشرا لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب
استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون لمطالبة المبيع او الثمن لانهما لم يجريا شرعا فتخلفت
التاخر عما ليس كذلك قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اي بقبض الدين والعين خلافا
لزفر رحمه الله هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض خصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق
والقبض فعل حسي ولنا ان الوكيل بشي امر وكيل بما يتم به ما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تنتهي
الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات لعارض من موت القاضي او غيره والمطل والافلاس
وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومشائخ بلخ افتوا بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وان التوكيل بالقبض عندنا ثابت
نصا ودلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه
وبه افتى الصدر الشهيد وفيه نظر فان الدلالة قد دفعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب
ونظير هذا التوكيل التوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا لغة يقال تقاضيته ديني
وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي
المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رحمه الله
والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية والكلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف
لظهور الخيانة في الوكلاء على العرف فلا يملك القبض ولو وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما
لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن لما مر انه يفضي
الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة
والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله فاذا اقيمت عليه البينة واقام الخصم
بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية عن
ابي حنيفة لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها وان الوكيل بالقبض
موتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي للخصومات فلم يكن الرضى به رضا بها ولابي حنيفة
انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة
من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون الحق
الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالتمليك
كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل يقبض مثل مال الموكل لا عين ماله والتوكيل بالاستقراض
باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة
اذا اقيمت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة

اذا اقام الموهوب له البينة على احد الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء
فانه خصم يطالب بحقوق العقد والقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه
واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل والرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة
عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قال في شرح الجامع الصغير وقوله اي حيلة الوكيل بالقبض اشبهه
بالوكيل باخذ الشفعة منه بالوكيل بالشرا لان الوكيل هاهنا يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك
لذلك واما الوكيل بالشرا فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشرا وقوله وهذا اشارة الى الشرا اليه
مما مر به دليل ابي حنيفة وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق قال والوكيل بقبض العين
لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث
لا مبادلة هناك لكونه يقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبد له فاقام من بيده
العبد بينة ان الموكل باعه اياه وقف الدفع الى الوكيل ولم يقبل البينة ذو اليد في القياس لانها قامت
لا على خصم وفي الاستحسان يوقف الامر حتى يحضر الاخر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في
قصر يده فيقصر حتى لو حضر الغائب تعاد البينة وصار كما اذا اقامها على انه عزله عن ذلك
تقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك اذا اراد الموكل بنقل المراة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض
العبد والجارية قبضها فاقامت المراة البينة على ان زوجها طلقها والعبد والامة على العتاق او
من بيده بينة على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها على غير خصم وفي الاستحسان تقبل
في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن
ومن ضرورته ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم
في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره
قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان
موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي
جاز والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا انه اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة
فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه
مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف
اولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف او شمول العدم
كما هو مذهبهما والفصل بمجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة
مامور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشي لا يتناول ضده
ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابرا ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة
غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى
الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع وفيه نظر لانه لو لم يتناوله

لما مر الاستثنا قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا سعند بجواب هو خصومة قال في النهاية
هي مسئلة مبتداة خلافية لم يورد ها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو انقضا
على هذا الخلاف لذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعا
من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح
ولذا اختلف في هذه صحة توكيل المسلم ببيع الخمر وقد كره ما تقدم منه وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب
دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار ولو كان مبطلا وجب عليه الانكار
لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا عليها سيما في تحريا للصحة
قطعا قوله ولو استثنى الاقرار جواب عن مستشهد زفر ووجهه انا سلم صحة الاستثناء
بل لا يصح على قول ابي يوسف لانه لا يملك الاستثنا لان ملكه يستلزم تعيين الانكار عينا وقد لا يحل له وذكر
كما مر انفا وليس سلمنا صحته كما قال محمد لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثنا والتنصيص زيادة دلالة
على تملكه اياه وبيان ذلك كما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على استثنا الاقرار
الاقرار دل على انه لعلم بعض الخصم مبطل حالا الا بين المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند
حمل على الاولى حال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فصل بين وكل الطالب ووكل
المطلوب ولم يصح في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية اي على الاقرار لان
المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا
على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يجبر اليمين على موكله لان النيابة لا تجري
في الايمان فلا يفيد استثنا الاقرار فايدته ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات
دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا
والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا
في الجملة فلم يكن استثناوه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في دعواه فكان استثناوه
مفيدا ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابرا واجيب بانه انما لم يصح
صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة لم تنتهي بسبب داع الى الصلح او الى الابرا فلم يوجد
مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاها الى الصلح او الابرا ان لم يكن ابعد من افضاها الى الاقرار
فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فيمتنع ان يجوز الاستعارة والاولى ان يقال
التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم
والصلح عقد لو يحتاج الى عبارة لو رجلاف ما وضع للجواب وليس الابرا فلا ايضا ولكن
اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا ولم يفيد ولا يشرع في بيان ما يحد الانظار
الواقع بين العلما الثلاثة اي بعد ما بينت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او لعد ما ثبت
جواز التوكيل بالخصومة على موكله بقول اي يوسف في التسوية بين مجلس القاضي وغيره
الوكيل قائم مقام الموكل وقول الموكل لا يختص بمجلس القاضي فكذا الوكيل ثابتة وما قوله لان التوكيل
بالخصومة وان سمي خصومة حقيقة او مجازا المامور انه ينصرف الى مطلق الجواب

ومطلق

ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة
مجازا الا في مجلس القضا فما كان منه في غير فليس خصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا فان الاقرار
خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضا فلا يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله
الجواب الموكل به اما انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة فكان من قبيل التضاد وهو مجوز لغوي
كما في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها او لان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي
بنظر الاتصال الصوري في الدعوى كما عرف واما اختصاصه بمجلس القضا فلان الظاهر اتيانه بما يتحقق
والمتحقق هو الجواب في مجلس القضا فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار
في غير مجلس القضا القاضي ليس بجواب كان الجواب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة
ومعناه اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا
وصار كالاب او الوصي اذا اقر في غير مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعى عليه
وصدق الاب او الوصي ثم جاءا يدعيان المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع اليهما لانهما خرجا من الولاية
والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا قال ومن كفل بمال
عن رجل ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا
لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها اما بعد البراءة فلانها لما لم يصح حال التوكيل لما نذكر لم ينقلب صحيحا كمن
كفل لغايب فاجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا ينقلب صحيحا واما قبل
البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في ابراء ذمته
كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا وتوقض بتوكيل المديون
بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب
بالمنع مستندا الى ما ذكره شيخ الاسلام ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف
ما ذكره في الجامع سلمناه لكن الابرا تمليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعترض
بان عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل اصلا في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا يعتبر واجيب
بانا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فلينتسخ الوكالة لطريانها
عليها كما لو تاخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبي في الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين اذا
ضمن المال للموكل بطل الوكالة فالجواب ان الناسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ او مثله والوكالة
دون الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز ان يكون
الوكالة ناسخة للكفالة ولا يجاز عكسه قوله ولان قبول قوله دليل آخر وتقريره ان الوكالة يستلزم
قبول قوله لكونه امينا ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبريا نفسه
وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم
ونظيره بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن للغرما

بصح القرض صح

قيمته وتقاصا لعند تجمع الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل
باطلا لما بينا لان الوكيل من يعمل لغيره ولهذا لما كان المولى ضامنا للقيمة كان في مقدارها عاملا
لنفسه لانه يبرئ به نفسه فلا يكون الوكيل وهو باطلا قال ومن ادعى انه وكيل الغايب في
قبض دينه ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه
اقرار على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها فما اداه المديون مثل
مال رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه لزمه اي امر بتسليمه
الى المقر له فان حضر الغايب فصدقه فيها والا دفع الغريم اليه ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت
الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط
الدين باداءه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد
الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه
من الدفع براءة ذمته ولم يحصل له فله ان ينقض وان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه
اعترف ان الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه ولانه بتصديقه اعترف انه مظلوم في
هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت
العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه
اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه قوله الا ان يكون استثناء
من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد
بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك من الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ثانيا ارجع عليك بما دفعته
او ضمن الوكيل للمديون وقال انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا ارد عليك ما قبضته منك على رواية
التخفيف فانه يرجع على الوكيل لان الماخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون
لانه غاصب في حقهما فما يقبضه ثانيا فكانه قال انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح
لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه اي بما وجب في كون كل
واحد منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة
يعني ولم يكذبه ايضا لان فرع التكذيب سياتي عقيب هذا ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب
المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه
رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز الرجوع في صورة التكذيب اظهر منه
في الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب
والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة
لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية ومن الوجوه كلها اي الاربعة المذكورة دفعه مع التصديق بغير تضمين
ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس
للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب لان المودى صار حقا للغايب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق

او محتملا وهو في حالة الكذب وفسد ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستور الحال
فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة فانه لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف
لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود
وعد تقدم ولم يذكر المصنف ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يستحلف او لا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة
ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف ينبني
على دعوى صحيح ولم يثبت ما يثبته على الاصيل بصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين
والحكم على علمي ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد ثبتت الوكالة في حقه
باقراره ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقر له بمال الغير بحق القبض
فانه لو فرض تبقى الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر لان الديون تقضى بامثالها
فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض فان دفعها اليه فحضر الغايب وانكر الوكالة وحلف على ذلك
وضمن المودع فهل للمودع الرجوع اولا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه
او سكت او كذبه فدفعها اليه يرجع ان لم يكن العين في يده باقية وان كانت باقية اخذها لانه حقه بالضمان
واما الاسترداد قبل حضور الغايب فغير جائز لما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره
وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى اي لان مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته ورد صاحب النهاية
عن خط شيخه رحمهما الله نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما في كلمته فاه الى فيّ اي مشافهة ومعناه لا يبقى مال الوديعة
مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وارى انه ضعيف لان الحال صفة
للعامل فكلمته يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه
لا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي ان المودع لا يبقى
ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فصدقا اتفقا على انه مال الوارث فلابد من الدفع اليه ولو ادعى انه اشترى الوديعة
من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير
لكونه من اهل الملك فلا يصدق في دعوى البيع عليه والعاقل لا يقول قد تقدم ان المسالتين من فصل
القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرهما هناك باعتبار القضاء وههنا باعتبار
الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهناك بقوله ومن اقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان
ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة قال فان وكل وكيلا بقبض دينه
ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل له على الرجل الف فوكل وكيلا بذلك المال واقام الوكيل بينة
عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المصنف
لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة لذلك والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى تحليف
رب الدين بل يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع الذي قبض فيسترد
ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر رحمه الله احلفه على العلم فان نكل

خصوصا عن الوكالة والطالب هل حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب
ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث
يحلف ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين لا اصالة قال ولو وكله
بعيب في الجارية اذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضا المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف
ما مر من مسئلة الدين لان التدارك فيه ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكول الموكل واما ههنا
فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحيح عند ابي حنيفة لان القضاء في العقود والفسوخ
ينفذ ظاهرا وباطنا ولئن ظهر الخطأ بالنكول وعلى هذا لا يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لما مضى الفسخ لا
يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري
وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية … البائع لا سبيل له عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى
قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم يسترد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد واما
على قول ابي حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجد بدليل وانما كان
للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بنقصان دفعها الى الآخر على وجوه
الرضا من المشتري ومن مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى بحجة له ثم جاوزته وثمة نقض بخلافه وقالوا هذا اصح
فاما عندهما فقد كان يجب ان يتحد الجواب على هذا اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية
والدين فيدفع الدين كالقدم وترد الجارية ولا يؤخر لتحليف المشتري لان عدم التأخير الى يحلف رب الدين
انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطأ وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء القاضي في مثل ذلك
ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر التحليف وقيل
الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا
من غير حضور البائع فينتظر للنظر له اذا كان غائبا قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها
ومن دفع الى آخر عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة بالعشرة الذي … له
بمقابله العشرة التي اخذ من الموكل لا يكون متبرعا فيما انفق قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل
بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني
في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به
على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اي لما قلنا من ان التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل
بالشراء قد يحتاج اليه لان الاهل قد يضطر الى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج
الى ان يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان من التوكيل تجويز الاستبدال وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما انفق
ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه لانه استهلكها لان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت
قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا وقيل القياس
والاستحسان في قضاء الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل … ذلك

بذلك صح

من

من مال نفسه فقضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد المأمور ان يحبس الالف التي دفعت اليه
لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون
الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا
فاما الانفاق فيتضمن الشراء لانه امره بالانفاق وهو امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم
المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا
قياسا واستحسانا … الوكيل وجه تأخير العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل ان كان
للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور
اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة
او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا انعقاد للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يرتدها
لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته
يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع
الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا
لا ابطال كما ذكرناه قوله فصار اي صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها
عقد الرهن بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل
العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل
عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب
رضي به او لا ولو كانا سواء لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مدار جواز العزل وعدمه
على بطلان الحق وعدمه فاذا ابطل الحق بطل العزل وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا
واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل لضيع المرتهن بطل حقه في البيع اصلا اذ لا يمكن ان يطالب الراهن بالبيع قال
فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته اذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في عزله اضرارا به
من وجهين احدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل تصرف على ادعاء ان له ولاية ولا ولاية وفي العزل من غير علمه تكذيب له
فيما ادعاه وبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل
ان كان وكيلا بالشراء او يسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا وكان التصرف واقعا له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به
والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر في فصل القضاء بالمواريث
في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة قال وتبطل الوكالة بموت الموكل قد تقدم ان من الوكالة
ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضا احد ومنها ما لا يجوز ولكن فيه الامر من الطالب ففي الاول تبطل الوكالة
بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يتوقف
وجوده على الرضا من الجانبين وليس كذلك … لانه لكل منهما فسخها فان للوكيل ان يمتنع بنفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع
الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد

عقد الوكالة في كل ساعة فيلتحق فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولا بد في ذلك من الامر فكذا فيما هو
بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة حتى هو كالم يتعقد فيه ابتداء او توقض بالبيع
بالخيار فانه غير لازم وسقط بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض
الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا ينطل فلا نبطل في صور تسليط العدل
على بيع الرهن وفيما اذا جعل امر امراته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به
فلا يكون لدوامه حكم ابتدايه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف عن بيان القسم ساكت وهو مما لا بد منه
والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا يبطل به الوكالة
وحد المطبق شهر عند ابي يوسف وروى عنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد وقال محمد آخرا حول كامل
لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا وقال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله
لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فكذلك موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب
بطلت فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر
امر اللحاق وقد مر في السير اي كون تصرف المرتد موقوفا او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امراة
فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل فلو وكل الوكيل
بالتزويج فان رجعت خرج الوكيل من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل بقيت الوكالة
في الحال فلما ارتدت خرجت من ان تكون مالكة للعقد فتكون دلالة عزلها الوكيل فبعد ذلك لا تعود وكيلا
الا بالتجديد قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او اذا وكل المكاتب ثم عجز او العبد الماذون له ثم حجر عليه
وكان التوكيل بالبيع او الشرا بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم واذا وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله
بنفسه ثم افترقا فكذلك لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق والافتراق بعد العلم
وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باع الموكل وانما اذا وكل المكاتب او الماذون له بقضاء الدين
او التقاضي فانهما لا يبطلان بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية استيفاء ما وجب له لان
وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته
وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا وافلسا واشهدا انه لا شركة بينهما ثم احضر
الوكيل فالوكيل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما
فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل ان يقول
هذا الفصل مما وليه وما لم يله فما الفارق والجواب ان احد الشريكين وكل فيما وليه كان
لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم يبطل الاخرى
وهي مستقلة في حال المفاوضة لتوكيل احدهما فيه كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة
كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع شي

من

من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كل واحد منهما في حق صاحبه كوكيل ماذون بالتوكيل لتحصيل ما هو
المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد حصوله باثنين وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين
جميعا كما ترى وفيه ما فيه وقد اول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو
الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطل ما كان في ضمنها
هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة الكتاب قال واذا مات
الوكيل او جن جنونا مطبقا ولما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من
جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مصدر
مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان الوكالة حكم
الابتداء وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال المصنف رحمه الله تعالى
عند محمد فاما عند ابي يوسف فلا تعود الوكالة ولمن عاد مسلما لمحمد ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه
ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله رفع المانع واما الزحاجة فهي اهليته وولايته
فليس كذلك فانه يتصرف لمعان قائمة به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق
باق من جهة الموكل بعد عود مثل هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين
فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا يشبه تخصيص العلة وتخلصه معروف ومبني على تصرفاته
اثبات ولابي يوسف ومعناه ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل انما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة
وولاية التنفيذ بالملك اي تمليك ولاية التنفيذ ملحق بالملك لان التمليك للملك غير متحقق فكان الوكيل كالمالك
للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات فصار كسائر املاكه واذا بطل الملك بطل الولاية
فاذا بطلت الولاية بطل التوكيل كيلا يتخلف المقتضي المعلول واذا بطلت لا تعود كالملك في المدبر وام الولد واشار بقوله
لحق بالاموات الى ان فرض المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم
جميعا بقي الكلام في قوله لان ولانه اصل التصرف باهليته فانه يفيد التعليل بما استدل به عليه وهو قوله انه
اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكالة والاثبات ولانه اصل التصرف ولانه التنفيذ والاولى ان ثابتة
له قبل التوكيل وبعده والثابتة لم يكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يجدد علة سوى التوكيل فكانت ثابتة
ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد انها تعود
كما في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد ملكه اليه لانه على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على
وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر
ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بالردة واللحاق بحاقه وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق
وابو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند عد عوارض المذكورة للموكل
كان انسب لكن لما ذكر العود هناك ذكرها في هذا الموضع قال ومن وكل آخر بشيء ثم
تصرف بنفسه فيما وكل به ومن وكل آخر بشيء من الاثباتات او الاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه

بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امرأة
معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها
فان له ان يزوجها لموكله لبقاء الحاجة وكذا لو وكله بشراء شيء بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور
للآمر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلثا او واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن
للمأمور ان يطلقها وانما قيد بقوله ثلثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه
واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها ما دامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل
فيه قادرا على الطلاق كان وكيله قادرا وكذا اذا وكله بالخلع فخالعها قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل
التصرف فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه
بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له
من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس
للوكيل ان يبيعه من غيره بالاجماع لانه كالعقد المبتدأ فهو في حق غيرهما بيع جديد والوكيل غيرهما فكان في حق
الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد له ان يبيعه من غيره لان الوكالة باقية لانه اطلاق وهو باق والامتناع
كان لعجز الوكيل وقد زال العجز فاذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار
في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه
كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى
عقيب الوكالة وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما لعدم ...
مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعي اما ان يكون
صاحب ذلك النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى وكونه ملزما على الخصم فان ادعى على غائب لم يسمع
ولذا لو كان المدعى مجهولا لعدم امكان القضاء ولو ادعى انه وكيل بهذا الحاضر وهو منكر ولذلك لا امكان عزله
في الحال وحكم الصحيح منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي او الاثبات وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث
انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد والمظنون بتفانيها وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة قال
المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ش الدعوى لا يتحقق الا من مدع على
مدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي
واليمين على من انكر فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشائخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني القدوري المدعي
من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا
بحجة يعني البينة او الاقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بعام اي جامع
لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل
المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ومعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطنا
ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا او قرار الشيء على هيئته والظاهر كون الاملاك في يد الملاك وبراءة الذمم
فالمدعي هو من يريد ازالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس
بمتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون

قال في النهاية دعوى المدعي لا تخلو اما ان يكون ... لنفسه ...

براءة

بعد الشغل

براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لان المديون يدعي براءة
فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس بانه مدع ومتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد في الاصل
المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر لكن الشأن
في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى
يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو اقام على ذلك
بينة قبلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه
ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره ش قد ذكرنا
ان معلومية المدعى شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعلمه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك
وقدره مثل كذا كذا درهما او دينارا او كرا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان
كان المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام
باقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد
عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا احضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما فلا
يشخص البيان الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا القضاة من اول
للقوم اي اجمعوا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك
هم الظالمون سماهم ظالمين لامتناعهم عند الطلب فاذا احضر وجب عليه الجواب بالاقرار او الانكار ليفيد حضوره ولزم
عليه احضار المدعى لما قلنا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا انكر وعجز المدعي عن اقامة البينة وسنذكر اي وجوب
اليمين عليه في تتمة هذا الباب قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ش يعني اذا وقع الدعوى عن عين غايبة
لا يدرك مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما وذكر الوصف ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف
ولذا يقع فيه الاشتراك ... قد يكون تعريفها غير مفيد والقيمة شيء يعرف به العين وقد لا يكون مفيدا
وقوله وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعني والحال ان المشاهدة
تعذرت واطلاق تركيبه لا يخفى قال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة ثم على
ان القضاء بقيمة المستهلك على القضاء بملك المستهلك عند ابي حنيفة لان حق المالك قائم في العين المستهلكة ولهذا
فانه صح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك كالقائمة ما جاز ولكن الواجب حينئذ
في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لا بد
في دعوى المستهلك والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي فلا بد من ذكر الانوثة والذكورة ومن المشائخ
من ابى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة قال
فان ادعى عقارا حدده ش اذا كان المدعى عقارا فلا بد من ثلثة اشياء تحديده وذكر المدعي انه في يد المدعى عليه
وانه يطالبه به اما الاول فللاعلام باقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم يذكر حدوده
لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى التحديد للتعريف ولا بد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا
كان معروفا مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى فانه يستغني عن ذكرهما ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة
على ما عليه هو الصحيح فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر بوجود الاكثر ومن هذا علم ان ذكر الاشياء

لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وانه من الكاتب باعتبار الجهة لانه يعلم به اي بالغلط في احد المدعى ولا كذلك
بين كما لو شهدت هذان بالبيع وقبض الثمن وكذا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهما لانه صار عقدا اخر
بالغلط وبهذا الجواب يبطل قياس زفر الترك على الغلط وكان شرط التحديد في الدعوى شرط في الشهادة له
واما الثاني فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى به في يده في العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى
عليه انه في يده وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهدوا
انهم عاينوا انه في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل ولذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك
او يعلم القاضي انه في يده نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه
المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي لا بد للمدعي عليه حتى يتصرف فيه المدعي عليه فكان القضاء فيه قضاء
بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة
واما الثالث فلان المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة
شامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان بمعناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولانه
يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذه الاحتمالات وعن هذا اي بسبب هذا الاحتمال
قال المشايخ في المنقول يجب ان يقول وهو في يده بغير حق لان العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين
حق ولئن كان المدعي حقا في الذمة ذكر المدعي انه يطالبه به لما قلنا يعني قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا
لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان
كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا او درهما جيدا او رديا او وسطا اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان
في البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذكر ذلك ويحمل على ذلك لا بد في كل جنس الاعلام بقصى ما يمكن به التعريف قال
واذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما ان يكون
امرا بالخروج عما لزمه بالحجة او تقريرا لما هو بعرضية ان يصير حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان
كان الاول فالحكم فيه ان يأمره بان يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية
الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم نوع
ولئن كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية ان يصير حجة
اذا انتفى القاضي بها حجة في حق العمل بسقوط احتمال الكذب فيها فاذن لا بد من السؤال لينكشف له احد
الوجهين فاذا سأل فان اعترف به امره بالخروج عنه ولئن انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام
الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل صلى الله عليه وسلم ورتب اليمين على فقد البينة فان احضرها قضى بها لانتفاء
التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب ولئن عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما رويناه
يريد به قوله عليه السلام لك يمينه ولا بد من طلب الاستحلاف لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام
من قوله لك يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه بالانكار فالشرع جعل له
حق استحلافه حتى ان كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع
كالقصاص ولئن كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا فاما اثبات
اليمين على البينة لا على العلم لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه لان فيه

اساء الظن

اساء الظن بالاخر وذلك لا يجوز فوجبت اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي
بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لكن فيه نظر للمدعى عليه اذ اقامة البينة
مشروعة بعد اليمين فمن ادعى اقامتها بعدها ففي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر له
لا ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين
الاحكام المتعلقة باليمين قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر
وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف
وهو قوله عليه السلام لك يمينه فاذا طالب به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مترتب على العجز عن اقامة البينة
لما رويناه من قوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة
فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة
فيما ذكره الطحاوي ولا ترد اليمين على المدعي لانه صلى الله عليه وسلم قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر
والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه وقوله وجعل جنس الايمان على المنكرين
قوله عليه السلام واليمين على من انكر وليس في الجانب فيه استدلال الكل بالحديث وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وسيأتي قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه
وليس عليه البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا
ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق
فان في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد وهو مدعى عليه فلم قلنا لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة
من النتاج والتيقن وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي فان قلت فهلا يجب على الخارج اليمين
لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لان اليمين انما يجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة
ذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج اولى لعدم زيادة بصيرة لذي اليد مدعيا وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد
لانها اعتضدت باليد والمعتضد اقوى فصار كما اقاماها على نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاماها على نكاح
ولا احد بها يد فانه يقضى لذي اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة
انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى
الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا يعني في علم القاضي او اظهارا يعني في الواقع فان بينته تظهر
ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبت الا ما لزم
تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك او تظهره وما هو اكثر اثباتا في البينات فهو اولى لتوفر ما شرعت
البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل
اجيب بانها ليست بموجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كالقدم فقبلها
يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة بل مؤكدة للملك الثابت والتأسيس اولى من التأكيد
بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة وكانت كل واحد من البينتين للاثبات
فترجح احدهما باليد فان قيل كان الواجب ان تقبل بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها تسلب اليد والنتاج

وبينة ذي اليد بسبب النتاج لا عن احدث بان بينة النتاج لا توجب الاولية الملك وهما استويا وما
في ذلك وترجح ذو اليد باليد فيقضي له قوله وكذا على الاعتاق اي اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد
والتدبير ومعناه ان السبب في الاعتاق واخويه يدل لان على الولا اذ العتق حاصل للعبد بنفاذ فيهما وهما
قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد حكما بالولا قال واذا انكل المدعى عليه عن اليمين واذا انكل
المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعي لا يقضى عليه بل يرد اليمين على
المدعي فان حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة
والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا يصلح حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل
الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بدلا كما هو مذهب ابي حنيفة او مقرا
ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم
واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا ان ترفع
او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول يخالف
الكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل
وامراتان فالقضاء بالنكول يخالفه وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ولم يذكر النكول واليمين
في جانب المدعى عليه في الابتداء الكون الظاهر شاهدا له فبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فيعود اليمين الى جانب
المدعي كما في اللعان فان الايمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا
ولئن كان مذهبا واجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء
بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روي اجماع الصحابة على ذلك وما روي عن علي رضي الله عنه
انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه معدود من خلاف ذلك وروي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على
المدعي فقال ليس لك الى ذلك سبيل وقضى بالنكول بحضرة علي فقال له علي رضي الله عنه قالون وهو بلغة اهل الروم اصبت
واذا ثبت الاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن فانه في معنى حد القذف
فكان معنى اليمين فيه غير مقصود ولا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي للكشف
عن الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمنا في قوله ولا يرد اليمين على المدعي قال وينبغي للقاضي ان يقول له
اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لان الاندار لاعلامه
وينبغي للقاضي ان يقول للمدعى عليه اي اعرض عليك اليمين فان لم يحلف قضى عليه بما يلزمه بالنكول وهذا اولى من
الحكم اذ هو موضع الخفا لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه بما يلزمه بالنكول
قوله لكونه مجتهدا فيه فان الشافعي خلافا فيه لما مر غير مرة ثم العرض ثلث مرات اولى للعمل بشرط لجواز القضاء
بالنكول في المذهب فيه انه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط
في شيء منهما والخصاف ذكر لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال المرتد ثلثة ايام فانه اولى
ولو قيل بعد امهاله لجاز لان الكفر قبيح وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ
لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورته ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك
ما ادعيه وهو كذا او كذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول له الثالثة ثم اقضي عليك ان لم
تحلف فيقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي قال واذا كان الدعوى نكاحا او اذا ادعى رجل
على امراة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في العدة

وانكرت

وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول
انه عبده او ادعى المجهول ذلك او لقيطها على هذا الوجه في كلا العتاقة او الموالاة او ادعى على رجل انه ولده او ولد
او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذه لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ولد ثبت الاستيلاد باقراره
ولا يلتفت الى انكارها او ادعت المراة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل ما يوجب
حدا وانكر فانه لا يستحلف في هذه الكلمة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان لهما ان النكول
اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قدمنا يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر
عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب بالاجراء ذكر اسم الله على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه
فلولا انه كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث والاقرار يجري في هذه الاشياء فيجعل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة
لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحد فلا يجري فيه ايضا
وعليه نقوض اجاب عنه الاول ما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه
في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرده عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول
اقرارا لزمه النصف الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر من تلك المرة الثاني لو وكل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع
واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لم يلزم الوكيل الثالث ما ذكر في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك
بما لك على فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان
النكول اقرارا لقضى به والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا ان
المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم
ينقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار ينقطع الخصومة والنقوض المذكورة انما وردت على اعتبار كونه
اقرارا اولا وعلى تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى كأنه قيل ان النكول بدل
وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين تنتفي واجبه مع النكول وما كان كذلك فهو اما بدل او اقرار
لحصول المقصود به لكن اقراره باطل ولا اولى فهلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه
اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يدعيني فدفعت اليه نفسي لم يصح او قال انا ابن فلان
ولكن احب لهذا الذي يدعي نسبي او قالت انا لست بامراته لكن دفعت اليه نفسي وابحت له الامساك
لا يصح وعليه نقض الاول انه لو كان بذلا لما قضى شيئا لو اذا استحق ما ادى بعقد الصلح عن انكار
واستحق بدل الصلح فانه لا يقضي شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بدلا كان ايجابا في الذمة ابتدا
وهو ابيع الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان
العبد الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان بذله باطل الخامس ان يقضى بالقصاص في
في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان البذل لا يعمل فيها والجواب عن الاول ان بدل الصلح
وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى واما هاهنا فالمدعي يقول
انا اخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني

بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة وساير المعاوضات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان
بدلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل من الماذون
بما دخل تحت الاذن كاهداء الماكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم ان البذل فيها
غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا كما لو قال اقطع يدي وبها اكلة لم ياثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه
يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين كما قال ابو حنيفة نزك الحديث المتبوع وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر
بالراي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه لم يقل المايدة بعد اليمين فايدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا
لا يجري فيها سقطت لسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلاة لفوات المقصود قوله وفايدة الاستحلاف
يعني لان البذل في هذه الاشيا لا يجري فهات فايدة الاستحلاف لان فايدتها القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل
فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفايدة وقوله الا ان بذل جواب سوال تقديره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد الماذون
لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وتقدير وجهه انما انهما يملكان ما لا بد له من التجارة وبذلها بالنكول من جملة ذلك
وقوله وصحته في الدين جواب عما قال انه لو كان بذلا لما جرى في الدين لانه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيه
ووجه ذلك ان البذل في الدين ان لم يصح فاما ان يكون من جهة القابض او من جهة الدافع فان كان الاول
فلا مانع ثمة لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه ولان كان الثاني فالمراد به ههنا اي في الدين ترك المنع وجاز له ان يترك المنع
فان قيل فهلا جعل في هذه الاشيا السبعة ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها اجيب بان امر المال هين يجري فيه
الاباحة بخلاف تلك الاشيا فان امرها ليس بهين حيث لا يجري فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله
الا انه لهذا بذل لدفع الخصومة عن الترك وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه
هو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله اولى قال ويستحلف السارق اذا كان مراد المدعي
منه اخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لانه ثابت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد رحمه الله
انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان
قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال قال المصنف فان نكل ضمن ولم يقطع لان
المنوط بفعله يريد به النكول يثبت الضمان ويعمل النكول فيه والقطع لا يثبت به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامراتان يريد
بذلك انهما الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله يعمل فعل السرقة واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول بها استحلف
الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال
فان قيل فلم في تخصيص ذكر قبل الدخول فايدة قلت هي تعليم ان دعوى المهر لا تستفاد منه لان يكون في كل المهر
او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق لا يقتضي ذلك وليس فيه توهم العقد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك
دعوى المال يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قال وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات
قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعي عليه مات ابوهما
وترك مالا في يد المدعي عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعي عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف
بري وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحر في اللقيط بان كان صبيا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط
فادعى انه اخوه حرة يريد قصر يد الملتقط عن حضانته وللراوت استحلافه فنكل يثبت له الحجر دون النسب وكذا اذا
وهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب

فان

فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا يثبت الاخوة قوله لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فانه
بحمله على الغير وهو لا يجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل
والاب في حق المراة دون الابن لان في دعواها الابن حمل النسب على الغير واما المولى والزوج فان دعواهما يصح من الرجل
والمراة اذ ليس فيه حمل على احد فيستحلف وهذا بناء على ان النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار
قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في
النفس او فيما دونها ثم ان كان عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذا كان امتناع القصاص
لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطا
واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على ما ادعى رجلا وامراتين او الشهادة على الشهادة لو فانه لا
يقضي بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطا فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى
بين النفس وما دونها فان قيل من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد امتناع القطع
لشبهة لو رجل وامراتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة اصل
ويتعلق به القطع واذا قصر لم يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعلق به المال
اذا وجد شرطه وهو ان يكون مشروعا بطريق المثلية للعامل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه
عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطا ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الاترى انه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وفي
ذلك الامر حيث اعمل البذل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقتلني فقتله لوجب القصاص
في رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف تسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع يد من غير اثم
اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذه له اذا قال خذ مالي اجاب بقوله الا انه لا يباح لعدم الفايدة حتى
لو كان القطع مفيدا كالقطع للاكلة وقلع السن للوجع لم ياثم بفعله وما نحن فيه من البذل اي الذي بالنكول
مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قال في السرقة
ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فلم يصير اليه اولى والجواب
عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات
كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش
انما يصار اليه بعد تعذره هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر بما ذكرنا ان البذل في
الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع واليمين حق مستحق
عليه يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال
واذا قال المدعي لي بينة حاضرة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر ما لم يكن المدعى عليه مقيما او
مسافرا فان كان معهما قيل له اعط كفيلا بنفسك ثلاثة ايام فان فعل والا امر بملازمته اما جواز الكفالة
بالنفس عندنا فقد تقدم واما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يابى لانه قبل اقامة الحجة ووجه ذلك
ان الخصوم بمجرد الدعوى يلحق عليه حتى لو امتنع عنه يعان عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره

نظر للمدعي ودفع الضرر عن المدعى عليه يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين اشتغاله واما التقدير بثلاثة ايام
مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وعنه فرق بين الوجيه والخامل والحطير من المال والحقير منه هو الصحيح
وروي عن محمد انه قال اذا كان معروفا ظاهرا لا يخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك ولم يستحب
نفسه بذلك بوجه وكذا اذا كان المدعي حقيرا لا يخفى امره لنفسه بذلك لا يجبر عليه واما الامر بالملازمة
فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور
عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب
ولو كان غيبا فانما الكفالة والملازمة بقدر ان يقعد له مجلس القاضي او ليس فيه لمثله ظهور وفي الزيادة على ذلك
زيادة ضرر لمنعه عن السفر وكيفية الملازمة ستذكر في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها لان
الكيفية للشيء وهي ما تقع به المشابهة واللامشابهة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان
منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه فيه ظاهر قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق هو ظاهر الرواية وجوز
ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنه يعني لو امتنع عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول
لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وان صورنا بالعفر اسم الحجى روي انه صلى الله
رأى قوما مروا برجل وامرأة سخم وجوههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو حبر لهم
فقال انشدك اي احلفك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزاني في كتابكم هذا وذلك دليل على
جواز تحليف اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم
المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع وقال الشافعي اذا
كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي
وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر
من الحرج على الحاكم قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحده هذا نوع اخر من كيفية
اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولا
فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل
فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند ابي يوسف
الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ما يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعته ايها
القاضي الانسان قد يبيع شيئا ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل لهذا
هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه
وان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم
العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتعذر رفع
الاسترقاق عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف
العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق

واذا

واذا ادعت المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب
لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي فان قيل لا يحلف على السبب يتضرر المدعى
عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة او سكت عن الطلب وليس باولى الضرر من المدعي اجيب
بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو الاصل لان المشتري
اذا ابتدت ملك الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل
على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او النكاح او البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك
الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح او بيع قائم في الحال لان السبب مما يتكرر فيحلف عليه يتضرر
المدعى عليه وعند ابي يوسف يحلف على السبب قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه
وهذا نوع اخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان الدعوى اذا وقعت
على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب
فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او ابق واثبت ذلك في نفسه وادعاه في يد البائع واراد
تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق ما سرق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب
الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل
قبض الثمن وانكر الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير ومن هنا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير
انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك اما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات وفي صور النقض يدعي العلم فكان
الحلف على البتات وخرجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع
الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيتين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض واذا ورث عبدا
وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له واشتراه يحلف على البتات
لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث ايضا كذلك اجيب بان معنى
قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري باشره بنفسه فيعلم ما صنع قال ومن ادعى على اخر مالا
ومن افتدى من يمينه او صالح منها على شيء مثل المال المدعى او اقل جاز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب
يشير الى انه كان يدعي عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعي عليه ان يعطيه دراهم فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف
فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان توافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقدادا
ابن الاسود استقرض من عثمان سبعة الاف درهم ثم قضاه اربعة الاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف
يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة الاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان
فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما انها كانت سبعة الاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان
عند ذلك ما قاله ولذلك معنى على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان وانه يقول
ثم لا يطلب حقه في اليمين لفظ الفداء او الصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه

باب التحالف

بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلف لان الشرا عقد تمليك المال بالمال والثمن ليست بمال رباب
راع الزيلعي الطيبي فاخرجهما الاشتين عن الواحد ليناسب الوضع الطبع اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى
المشتري انه اشتراه بثمن وادعى البائع انه باعه بمائة وخمسين او اعترف البائع بان المبيع لو من كذا وقال المشتري
هو كذا كان من اقام البينة قضي له بها لانه في الجانب الاول يجرد الدعوى والنفي اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي
وتجرد الدعوى لا توجبه ولو اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات
ولا تعارض بينهما في الزيادة فتقبل اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع بعتك هذه الجارية
بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها مع هذه بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى
في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وهذا قول ابي حنيفة اولا وكان يقول اولا
وهو قول زفر يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا ان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال
البائع بعتك هذه الجارية بعبد لك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة فهي لمن لا اتفاق
على قوله وهو البائع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما واما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى
بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والا فسخنا ويقول للبائع
اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما
لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به تراضيا فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا
التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب
تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض
فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري
ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قائمة بعينها تحالفا وترادا ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان
فكذلك لعموم المشهور فيتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية عن ابي حنيفة
وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف اولا انه يبدأ بيمين البائع لان المشتري اشدهما انكارا لكونه اول من يطالب بالثمن
فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو المناسب لمقام
لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه اولا ان فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو الزام الثمن ولو بدأ بيمين
البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البائع وذكره الشيخ
وابو الحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان
فالقول ما قال البائع ووجه الاستدلال انه عليه السلام خصه بالذكر واقل فائدته التقديم يعني انه عليه السلام
خصه بالذكر واقل فائدته التقديم يعني انه عليه السلام جعل القول قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفي بها فلا
اقل من البداءة بها ولو كان العقد مقايضة او صرفا بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما قال وصفة
اليمين ذكر في الاصل صفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال
في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف
بضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات ودل على ذلك

حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التأكيد فان حلف فسخ القاضي البيع بينهما
اذا طلباه او طلبه احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد
من الفسخ لانه لما لم يثبت ما يدعي كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل
بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد في الفسخ من الفسخ فان لم يفسخ كان قائما قال في المبسوط حل للمشتري وطي الجارية
اذا كانت المبيعة وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا ولا تصح البدل في الاعواض واذا
كان باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض قال واذا اختلفا
واذا اختلفا في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول
قول البائع وقال زفر والشافعي يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزيد او ينقص بزيادة الاجل
والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به
والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد
والاجل وراء ذلك كشرط الخيار في ان العقد يوجد بعدمهما لا محالة فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار
كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن والجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير
حيث يكون الاختلاف فيها كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو
يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف
فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط
والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان استيفاءه لا يخل بما به قوام العقد لبقاء محله
ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه معلوما عنهم باعتبار انه صار ذلك بمنزلة
الدعوى واذا اختلفا في مضي الاجل فالقول قول المشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه قال
فان هلك المبيع ثم اختلفا فان هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب
ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة
الهالك لان الدلائل الدالة على التحالف لا يفصل بين كون السلعة قائمة او هالكة اما الدليل العقلي فهو قوله صلى الله عليه وسلم
اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله والسلعة قائمة لانه لا يعد كونه على سبيل
التنبيه اي تحالفا ولو كانت السلعة قائمة فانه فائدة للتمييز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال
ثم الدال بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه اولى واما العقلي فما ذكره في الكتاب
لان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل فيس
لانه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن
يعني لان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة
المدعاة فكان مفيدا كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى احدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير
تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحاق
احدهما بالآخر جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع اما الاول فلان قوله صلى الله عليه

البينة على المدعي واليمين على من انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة لانه المنكر في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض
كما تقدم ولذلك جرى له صلى الله عليه وسلم والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس يعني
مقصودا بل هو للتاكيد والتاسيس اولى على انه اما معطوف على الشرط او حال وهو على التقديرين على سبيل الشرط
واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال
قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره ثم قيل فلم لا يلحق بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه
اي في حال القيام يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك
بعد هلاكها الا انه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب هكذا بالتحالف فليس في معناه فيبطل الالحاق
بالدلالة ايضا قوله ولانه لا يبالي جواب عن قوله لان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه
وهو قول بموجب العلة اي سلمنا ذلك لكن لا يفيد فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر
اذا افضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو ملك المبيع قد حصل بقبضه
وتم بهلاكه وليس يدعي على البائع شيئا يتكلف ليجب عليه اليمين وهو نقض بحال قيام السلعة وبما اذا
اختلفا بعدا وهبة فان في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب واجيب عن
الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد قوله
وانما يراعى جواب عن قولهما وانه يفيد زيادة دفع الثمن ومعناه لان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد
فلا يرى يسير بها ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وقد نظر كلاما قد اعتبرنا حالة قيام السلعة
الزائد قابلة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس
وهذا اي هذا الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات
الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين
فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ وهو النزاد ثم يرد مثل الهالك ان
كان مثليا او قيمته ان لم يكن قال ولان هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل
عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري ثم هلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك
بالف درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البائع
ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان
ياخذ الحي ولا شيء له واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا في المعنى واختلف المشايخ في توجيه قوله
ان يترك حصة الهالك وقوله ان ياخذ الحي ولا شيء له وفي صرف الاستثناء في الروايتين جميعا فقال بعضهم
الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى
التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان
والمراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وعلى هذا
عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البائع ان ياخذ الحي
ولا ياخذ من ثمن الهالك شيئا لو زاد على ما اقر به المشتري وعلى هذا انصرف الاستثناء الى يمين المشتري

لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري وكلام المصنف يشير الى ان
اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري
في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما
معا والصحيح هو الثاني لان البائع لا يترك من ثمن المبيع شيئا فيما اقر به المشتري انما يترك دعوى الزيادة
وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك
وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بالصحيح على ما سياتي وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ اي في حصته فيه
العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى
والجواب ان هلاك البعض يحوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهول المقسم عليه فلا يجوز ولابي يوسف
ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره والجواب ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال
قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة
لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف في القائم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة
وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز ويفطن مما ذكرنا ان احد الدليلين
المذكورين في المتن لاثبات المدعى بنفي القياس وهو اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان الصفار
مثلا اذا اقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في قدر الاجر ففي حصته العمل القول لرب الثوب
مع يمينه وفي حصته ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وبيان ذلك
ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود
متفرقة يتجدد فكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر الباقي
والثاني يعني الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد كما ذكرناه ثم تفسير التحالف
على قول محمد ما بيناه في القائم وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الى الحلف وانما لم
يختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا تحالفا
وحلفا او ادعى احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة القيمة وهو ينكرها كما لو اختلفا في قيمة المغصوب
واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لان العقد ينفسخ في
القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي
يدعيه البائع فان حلف كان صادقا ولذا لو حلف البائع ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري
صدق فلا يفيد التحالف والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه
دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة
الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد
والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي

اقربه المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض
كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن وان
وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على
النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال
المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول
للبائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما والمشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع
ينكره وطولب بوجه تعيين قيمة يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع تعتبر قيمته يوم العقد
في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات قال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة
يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة
والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما
يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل اوردته على كل قوم كبير فلم يهتد
احد الى جوابه ثم قال والذي يختلج لي بعد طول التجشم ان ما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب
الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا
بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه لو تعذر الفسخ في الهالك
لكان الهلاك لم يتعذر اعتباره وهو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض
لان الهالك يضمنون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال لقيمة
المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض
فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض هذا قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين واقول
الاصل انه لما كان مقصودا بالعقد ان تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ
العقد فانه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة
وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة
غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة
من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ
وانما امام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فبينة البائع اولى لانها اكثر
اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك ولا تعتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية
والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من تنوع الاصل
وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقيه في ان القول هنا قول البائع والبينة ايضا بينته مع ان
المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما ان يكون مدعيا او مدعا عليه فان كان الاول فعليه البينة
وان كان الثاني فعليه اليمين اذا انكر فاجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك لان كلا من اليمين والبينة
يبتني على امر جاز ان يجتمع مع الآخر باعتبار ان مجاز اجتماعهما كذلك فمبنى الايمان على حقيقة الحال

ليلا

ليلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره
لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل او تلجئة او غير ذلك
واذا ظهر هذا جاز ان يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة اذ هو اعلم بحال نفسه ولن تقبل بينته
لانه مدع في الظاهر واذا اقاما البينة يترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وفيه كلام نظر
لانه على اعتبار الحقيقة في الايمان تقوله لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال
وهو ممنوع على المدعى فان توجه اليمين احد العاقدين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر
في الايمان هو الحقيقة ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق ثم عند المحصلين
قوله ولهذا اي ما ذكر في الاصل بيان معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف في التحالف ولغير قيامه
التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير قال ومن اشترى جارية ه ومن اشترى جارية و بعد نقدها
وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع
الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء
فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي لانها كالبيع لا ينفسخ الا بالفسخ فان قبل النص لم يتناول
الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد
في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا يدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه
من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا
اختلف الآجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث
على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير
المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة
مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس
على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض البائع
المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض
ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت
بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال ومن اسلم عشرة دراهم ومن اسلم عشرة دراهم
في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف
الفسخ والاقالة في باب السلم لا تحتمله لكونها فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود
بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع الا ترى
ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب يعني وقضى القاضي بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم
لا تنفسخ الاقالة ولا يعود المسلم فيه ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه
لان رب السلم يدعي عليه زيادة في راس المال وهو ينكر واما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان
المسلم فيه قد سقط بالاقالة فان قيل المعقود عليه قد فات في اقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة
ثم اختلفا فما الفرق لمحمد في لزوم التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم واجيب

بان الاقاله في السلم قبل قبض السلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعه يجري في البيع لا في الفسخ قال واذا اختلف الزوجان في المهر ش اذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجه اما قبول بينة المراه فظاهر لانها تدعي الزياده واما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزياده وكان على اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدعي في الصوره وهي كافيه لقبولها كما ذكرنا ولن اقاما فلا يخلوا اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينه للمراه لانها تثبت الزياده وان كان الثاني فالبينه للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل وان لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا عند ابي حنيفه رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في اعدام التسميه وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسميه يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وهو لا يصح فيفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه لكن فايدته فسخ العقد والنكاح هنا لا يفسخ اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو هنا موجود فالحق به وانما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصار اليه عند انعدام التسميه وعلى هذا طريق تخصيص العلة والمجوز مخلص ومخلص غير معلوم قوله ولكن يحكم مهر المثل استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراه او اكثر قضي بما قالت كذلك وان كان اكثر مما اعترف به واقل مما ادعته قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزياده على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسميه لانه موجب نكاح لا تسميه فيه وسقوط اعتبارها انما هو بالتحالف فلهذا يقدم التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المراه او اكثر منه او كان بينهما فهي خمسة وجوه واما في قول الرازي فلا تختلف الا في وجه واحد وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا لاحدهما دون عدواه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في النهايه وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفه من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قال ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسميه يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجوده لاتفاقهما واقول ان اراد انه قول الكرخي هو الصحيح لا غير فممنوع لان يكون اصح فلا كلام وان اراد دون غيره فاسد فيما قال

صاحب

صاحب النهايه لان التسميه تمنع المصير الى مهر المثل لا ايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقايل ان يقول قد قالوا انهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بنفسه فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمه فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفه فلا تجعل حكما وبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول فان اول التسليمين عليه كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وهو التحكيم اولا ثم التحالف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان القول له في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا ان ياتي بشي مستنكر يعني في باب المهر فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمراه تدعيه على هذه الجاريه فهو كالمسئلة المتقدمه يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن يشهد له فالقول له وان كان بينهما تحالفا والبيه قال شمس الاسلام وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا ثم ينقدم الا ان في الجاريه اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجب القيمه قال وان اختلفا في الاجاره ش اذا اختلفا في الاجاره في البدل اي الاجره او المبدل اي المنفعه فاما ان يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء بعضه فمن اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجه وان اقاماها فان كان الاختلاف في الاجره فبينة الموجر اولى لانها تثبت الزياده وان كانا في المنفعه فبينة المستاجر لذلك وان كانا فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرين وذاك شهرين بعشره فيقضي بشهرين بعشرين وان لم يحضرا بينة تحالفا وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجاره قبل استيفاء المنفعه نظير البيع قبل قبض المبيع في كونها عقد معاوضه يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجره بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الزياده فان قيل كان الواجب ان يبدا بيمين الاجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولا على الاجر ثم وجب الاجره على المستاجر بعده اجيب بان الاجر ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدا به وان لم يشترط لا يمتنع الاجر من تسليم العين المستاجره لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجره فبقي انكار المستاجر الزياده الاجره فيحلف وان وقع الاختلاف في المنفعه بدا بيمين الاجر لذلك وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان حلفا فسخ القاضي الاجاره والقول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما وكذا على اصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي المعقود عليه او ما قام مقامه من القيمه وليس شي منهما بموجود في الاجاره اما المعقود عليه وهو المنفعه فلانه عرض لا يبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بعدها ان لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فلا يكون لها قيمه يرد عليها الفسخ

واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق ومن الثالث تحالفا وفسخ العقد فيما بقي
لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتدا العقد عليها فكان الاختلاف
بالنسبة الى ما بقي قبل استيفا المنافع وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع
الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفا ولا تحالف فيه والقول قول
المستاجر بالاتفاق بخلاف البيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل
قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة اذا اختلف المولى والمكاتب في
مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة
يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زايدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق
عليه عند ادا القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن فيتحالفان
ولابي حنيفة ان الكتابة عقد معاوضة يجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف
في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء وهذا
لان البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا بالرقبة
للحال لعتق بتمام العقد كما في البيع فان المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين
ان يكون للحال مقابلا باليد ثم ينقلب مقابلا بالعتق عند الادا فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل
لا غير لان العبد لا يدعي شيا فهو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر قال
واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقلنسوة والدرع والمنطقة فهو للرجل
لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنسا كالوقاية وهي المقنعة وهي ما تلبسه المراة على استدارة راسها
كالعصابة سميت بذلك لانها تقي الخمار وكالملحفة وهي للمراة مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الامام
التمرتاشي الا اذا كان الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النسا والحلي والخلخال وامثال ذلك
فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشيا لها وكذلك اذا كانت المراة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما
كالانية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول
في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه
وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال وما هو صالح للنسا
فهو مستعمل النسا فاذا وقع الاشتباه ترجح بالاستعمال وينتقض بما اذا اختلف العطار
والاسكاف في الات الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين
عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال لا بالتشبه ولم يثبت هاهنا
استعمال الاساكفة والعطارين وشك هاهنا كون هذه الالات في ايديهما على السواء
فجعلناها نصفين ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف من حال قيام النكاح او بعد الفرقة
فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الاخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد

اذا اختلف الزوجان في متاع البيت

اختلف العطار والاسكاف

ثم

للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة التفصيل قول ابي حنيفة رحمه الله لان
المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنسا فهو
للمراة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها ومعناه
ما يصلح لها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى يجري ان العادة بذلك
فتبطل به ظاهر الزوج واما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سوا لقيام الورثة
مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنسا فهو للمراة وما يصلح لهما فللرجل ان كان حيا
او لورثته لان ما كان مبنيا لما قلنا لابي حنيفة من الدليل وهو ان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد
ولهذا بالنسبة الى الحياة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سوا لقيام الوارث مقام المورث
ولو كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لان الحر اقوى لكون اليد يدا لنفسه من كل وجه ويد المملوك
لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين ما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح
للنسا فهو للمراة كذلك وللحي منهما بعد الممات حرا كان او مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير
وقال الامام فخر الاسلام وشمس الايمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الايمة وقع في بعض النسخ
للحي منهما وهو سهو والمصنف اختار اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي
عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب في شي في ايديهما
بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شي في ايديهما قضي به
بينهما لاستوايهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فلا يترجح الحر بالحرية
في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه
والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما **فصل فيمن لا يكون خصما** اخر ذكر
ما لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل
على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي قال
ولو قال المدعى عليه هذا الشي اودعنيه اذا ادعى عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشي
اودعنيه فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته منه او اجرنيه او اعارنيه واقام على ذلك بينة
فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا يندفع ولزم اقامتها وقال ابن ابي ليلى يندفع بمجرد الاقرار
وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا لم تندفع وقال ابن شبرمة
ثم اذا اشهد الشهود فاما ان يقولوا اودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه او رجل
نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول يقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق
والثالث كالثاني عند محمد وكالاول عند ابي حنيفة ولهذه خمسة اقوال فلهذا لقبت المسبله

شروح الجامع الصغير

مختصر كتاب الدعوى وصل لفت بذلك للوجوه الخمسه المذكوره انفا وجه ظاهر الروايه
وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومه وكل من كان كذلك فهو ليس
بخصم ووجه قول ابن شبرمه انه اثبت ببينته الملك للغايب واثبات الملك للغايب
بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولايه ادخال شى فى ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومه
بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب ان مقتضى هذه البينه
شيان ثبوت الملك للغايب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومه عن نفسه وهو خصم فيه
وبناء الثانى على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المراه الى زوجها اذا اقامت البينه
على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغايب كما مر
ولين سلمنا البنا لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينه ليس اثبات الملك للغايب انما مقصوده
اثبات ان يده يد حفظ فلا حاجه الى البينه والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره
يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجه كما اذا ادعى تحول الدين
من ذمته الى ذمة غيره بالحواله فانه لا يصدق الا بحجه كما لو ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره
بالحواله فانه لا يصدق لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود فى
الشرع لانها لاثبات اليد الحافظه التى انكرها المدعى لا لاثبات الاقرار ووجه قول
ابى يوسف ان المحتال من الناس قد يدفع ما اخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد
عليه الشهود علانيه فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضى به لا يقبلها واما وجه الفصل الاول
فلانهم شهدوا بما كانت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثانى فله وجهان احدهما
احتمال ان يكون المودع هو هذا المدعى حيث لم يعرفوه والثانى انه احاله الى معين يمكن للمدعى
اتباعه فلو اندفعت الخصومه تضرر المدعى واما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثانى
وهو قوله انه احال الى معين الى اخر فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفه
بالوجه ليست بمعرفه على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم
فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه ووجه قول ابى حنيفه رحمه الله ان المدعى
اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين
حيث ان المودع غير المدعى عليه فان الشهود يعرفون ان يده ليست بيد خصومه وهو المقصود
والحديث يدل على نفى المعرفه التامه وليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى تعريفا تاما انما
عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت قوله والمدعى هو الذى اضر بنفسه جواب عن قول محمد
لو اندفعت الخصومه لتضرر المدعى ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من نفسه
حيث نسى خصمه او من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت
العين قائمه فى يد المدعى عليه والاشاره بقوله هذا الشى اودعنيه فان الاشاره الحسيه لا تكون الا
الى موجود فى الخارج واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومه وان اقام البينه لانها اذا كانت قايمه

فذو اليد منتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيدفع عنه الخصومه بالحجه الداله
على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع فى الدين ومحله الذمه فالمدعى عليه منتصب خصما للمدعى بذمته
وبما اقام المدعى عليه من البينه على ان العين كانت فى يده وديعه لا يثبت ان ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه
الخصومه قال ولو قال ابتعته من الغايب فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغايب
فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما ولو قال المدعى غصبت هذا العين منى او سرقته منى
واقام ذو اليد البينه على الوديعه لا تندفع الخصومه لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى
على غير ذى اليد وفعله لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينه ان فعله لغيره بل فعله
مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا يصح الدعوى على غير
ذى اليد ويده متردده بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما واقامة البينه اثبتت
ان يده لغيره فلا يكون خصما ولو قال المدعى سرق منى واقام ذو اليد البينه على ان فلانا اودعه لم تندفع
الخصومه عند ابى حنيفه وابى يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه
فصار كما لو قال غصبت منى على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعى الفاعل البته والظاهر انه هو
الذى فى يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه فكان كما اذا ادعى الخصومه فيما ينقضى بالعين عليه
وفى ذلك جعله سارقا واجب الدرء حينئذ احد بان وجهه اى جعله خصما وقضى عليه بتسليم
العين الى المدعى ان ظهر سرقته بعد ذلك ينقض ان لم يقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك
ولو لم يجعله سارقا اندفعت الخصومه عنه ولم ينقض بالعين للمدعى فمتى ظهرت سرقته بعد ولا يستفاد
قطعت يده لظهوره بما قبل ان يصل العين الى المالك فكان فى جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال
غصبت لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه ولو قال المدعى ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه
فلان ذلك سقطت الخصومه من غير بينه لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى ذى اليد من جهته
فلم يكن يده يد خصومه الا ان يقيم المدعى البينه ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكه والله اعلم

باب ما يدعيه الرجلان

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع فى بيان حكم
الاثنين لان الواحد قبل الاثنين قال ولو ادعى اثنان عينا ولو ادعى اثنان عينا فى يد ثالث كل واحد
منهما يزعم انها له واقاما البينه على ذلك قضى بها بينهما وقال الشافعى فى قول تهاترتا اى تساقطتا من التهاتر
بمعنى التساقط من الكلام والخطا فيه وفى قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبه بيقين
لاستحالة اجتماع الملكين فى كل العين فى حالة واحده والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما
او يصار الى القرعه لانه صلى الله عليه وسلم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا فى امه
فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينه فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال
اللهم انت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفه الطائى
ان رجلين تنازعا فى عين فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينه فقضى به رسول الله
صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن ابى الدرداء رضى الله عنه ان رجلين اختصما بين يديه

في شي وانما البينه قال ما احوجكما الى سلسله كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضا نزلت سلسله من السما تعنق الظالم ثم قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعه انه كان في الابتدا وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له فكما لا يتعلق الاستحقاق بخروج القرعه فكذلك تعيين المستحق ولانا نعلم كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهاده في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة ادا الشهاده لو اعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك لا يطلع عليه العباد فيجاز ان يكون احدهما اعتمد سببا الملك بان رآه يشتري فشهد على ذلك والاخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراه دعوى نكاح المراه من رجلين اما ان يكون متعاقبة اولا فان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان تقول احدهما اولا فان اقرت فهي امراته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد منهما وان كان ثم بينة فمتى اقام البينة فهي امراته وان اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار وان اقاماها فاما ان يكون في بيت احدهما او دخل بها اولا فان كان ذلك فهي امراته لان النقل الى بيته او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان اولى من الدلاله وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ فهي امراته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض لواحد منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق المراه لاحدهما فايهما لو ثبت له انه تزوجها او تزوجها قبل فهي امراته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقايل ان يقول وقوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس بجلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بما لا يحتمل انقضا العدة فيه اما اذا احتملت ذلك فلنساوي ما يجوز ان الاول طلقها وتزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا لعقد الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة وان كان الاول فاذا انفرد احدهما واقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الاخر وأقام على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضا الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطا في الاول بيقين قوله ولذا اذا كانت المراه في يد الزوج مر بيانه قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد عبدا في يد رجل او ادعيا ان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف معناه من صاحب اليد احترازا عما سياتي بعد هذه المسئله واقاما على ذلك بينة ثم افتيت فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهدت به بينته وان شا ترك ورجع على البائع بنصف ثمنه لان كان قد نقده

لاستوائهما

لاستوائهما في الدعوى والحجه كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينه وان شا ترك لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقه قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل فرده واخذ كل الثمن فان قيل كذب احد الفريقين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحد كلا في وقت واحد فينبغي ان تبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهاده به فان قضى القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد به وبقوله العقد متى انفسخ بقضا القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بان ذلك وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لو لا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال قبل تخيير القاضي وهو القضا عليه حيث له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجه قامت به ولم ينفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الاخر وقوله حيث له ان ياخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين نافلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشرا في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما دون الاخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكرا تاريخا لكنه في يد احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شراه وهو لك متوقف على بعد متين احديهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثاني ان ما مع البعد بتجدد زمانه فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشرا غيره حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرايه وستاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرايه ويلزم من ذلك ان يكون شرا غير القابض بعد شرا القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى ولانهما استويا في الاثبات وبينة غير القابض قد يكون مما ينقض اليد وقد لا يكون فلا تنقض اليد الثابته بالشك وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشرا من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمه يحتاج الى اثبات الملك لبايعه اولا فاجتمع في حق البايعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج اولى وههنا ليس لذلك ولذا اذا ذكر الاخر يعني بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى لان يده تدل الوقت لا تزول احتمال سبق ذي اليد وقوله لما بينا اشاره الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرايه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراه كان قبل شرا صاحب اليد فانه يقضى بها اليه لان الصريح يفوق الدلاله وان ادعى احدهما شرا والاخر هبة وقبضا قال المصنف

معناه من واحد احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجي واقاما البينة ولا تاريخ معهما فالشرى
أولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشرا يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته
الا بالقبض فكان الشرا والهبة ثابتين معا والشرا مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض
وكذا اذا ادعى احدهما الشرا والاخر الصدقة والقبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الوجهين
في ان الشرا اقوى واذا ادعى احدهما هبة وقبضا والاخر صدقة وقبضا فهما سوا فيقضى به
بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع
دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع
الى المال اي بما يظهر اثره في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل
والترجيح بما يرجع الى المال لان الترجيح انما يكون بمعنى قايم في الحال وهذا اي الحكم بالتنصيف
بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتملها كالدار والبستان عند البعض
لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة
الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشي لانه تنفيذ الهبة في الشايع فصار
كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله اما عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين
والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد
الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا
وانما يثبت الملك بقضا القاضي ويمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها
قال واذا ادعى احدهما الشرا اي اذا ادعى احدهما الشرا وادعت المراة
انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا يقضى بالعبد
بينهما لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمراة
على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف
وقال محمد رحمه الله الشرا اولى والعقد للمراة على الزوج القيمة لان العمل بالبينات ممهما امكن واجب لكونها حجج شرعية
فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشرا بعده يبطل اذا لم يجز المراة ولو قدمنا الشرا
صح العمل بها لان التزوج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة ووجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين
تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف عما قاله محمد
ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تاخر لم يوجب ملك المسمى اذا كان خارجا

فهما سوا في حق ملك العين واذا ادعى رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا
استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا
فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى
من عقد التبرع ولا يرد الهبة بشرط العوض فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان
البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة ولو اقام الخارجان
البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك
لا يتلقى الملك الا من جهته والغرض ان الاول لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اخرا
وقول محمد اولا ثم رجع وقال محمد يقضى بينهما ولا يعتبر التاريخ عنده ولو ارخ احدهما دون الاخر ففي النوادر
عن ابي حنيفة انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات
وعلى قول ابي يوسف يقضى للمؤرخ وعلى قول محمد يقضى لمن لم يؤرخ لانه يدعي اولية الملك وسياتي تمام
بيانه ان شاء الله تعالى ولو ادعيا الشرا من واحد واقاما ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا قضى به
بينهما ولو ارخا تاريخين متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه
ثابتا من ذلك الوقت وان الاخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا ولا تفاوت فيما ذكر في الكتاب
من الحكم بين ان يكون البايع واحدا او اثنين وانما التفاوت بينهما اذا وقت احدهما دون الاخر على ما
سنذكر بعد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فايدة فانه لا تفاوت في
ترتيب الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعى رجلان
كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام ولو اقام كل واحد منهما
البينة على الشرا من اثنين كان اقام احدهما على الشرا من زيد مثلا والاخر على الشرا من عمرو وذكرا
تاريخا واحدا فهما سوا لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا وادعيا ولو ارخا تاريخا واحدا
يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن
وان شا ترك ولو وقت احدهما دون الاخر قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم
الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى
الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا حكم به لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيله الملك
حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدمه شرا غيره ولقايل ان يقول حاصل الفرق
بين المسالتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقي فمشترك بين
المسالتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز ان يقال من يثبت له الملك بالبينة فهو كمن يثبت له عيانا

فيحكم به الا اذا تبين تقدم شرآيه غيره فيحكم به والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق
لان البايع اذا كان واحدا كان العاقد ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك
غيره مشكوك لانا لم يعرف ولم يعدم ملك فتعارضا فترجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز
ان يقعا متعاقبين جاز ان يقعا معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف
التعارض ولو ادعى رجلان شرى من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من ابيه والرابع
الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة على ذلك قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم
فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق واطلاق البائع بطريق التغليب لان البائع
واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم قال ولو اقام الخارج البينة على ملك مورخ وقت
اقام الخارج على ملك مورخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف
وهو رواية عن محمد رحمهم الله وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد وروي ابن سماعة عنه انه
رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج
وذلك لا تقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج دليل على اولية الملك ودل
التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سوا
بخلاف ما اذا قامتا على الشرا واحدهما اسبق من الآخر كان الاسبق اولى
سوا كان البايع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت
لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة
فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة
وقد مر قبل هذا قبول بينة ذي اليد على ان العين في يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند
اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت بينتنا بينة بذكر التاريخ الاقدم متضمنة
دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فصار لكونها للدفع وعلى هذا
الخلاف لو كان الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف
وفي قول محمد لا معتبر بالوقت لما بينا والدار في ايديهما ولو اقام الخارج وذو اليد البينة
على مطلق الملك ووقت احدهما دون الآخر فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال
ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء
اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى وقد مر ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل اذا
تضمنت معنى الدفع لما مر ولا دفع ههنا لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع
الشك في ذلك لان مع ذكر تاريخ احدهما لم يحصل التيقن بان الآخر يتلقاه من جهته لامكان ان
الآخر لو وقت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم

وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما فاقام احدهما بينة على ملك مورخ والآخر على مطلق الملك فانه يسقط
التاريخ عندهما خلافا لابي يوسف قيل الاستدلال بقوله لان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع
لا يستقيم لمحمد لانه لم يعمل بذلك والا لزمه المسالة الاولى وليس بتام لان ذلك لا يجوز ان يكون
على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسالة بحالها اي وقت بينة احد الخارجين في الملك
المطلق دون الآخر فهما سوا تقضي بينهما نصفين عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله
الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله الذي اطلق اولى لان الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق
الزوايد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى من التاريخ
ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية فالترجيح
باليقين ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه اي يزاحمه عند التقدم احتمالا لان الذي لم يورخ سابق على المورخ
من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق
يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المورخ واذا كان غير المورخ سابقا من وجه لاحقا من وجه
كان المورخ ايضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار
معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار وقوله بخلاف الشرا
جواب عن قول ابي يوسف ومعناه انهما لما اتفقا على الشرا اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث
من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام
الخارج وصاحب اليد وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة بالنتاج فذو اليد اولى
وهو استحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد
لان الخارج تثبت بها اولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت
بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما لا تدل عليه اليد
وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له سوا
كان ذلك قبل القضا بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر
مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينته
دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذي اليد انما
تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن
واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه
وهو اصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت اكثر اثباتا فهي اولى وقوله
وهذا اي ما ذكرنا من القضا لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافا لما

بقوله عيسى بن ابان انه يهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضا لان القاضي
يتيقن بكذب احد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة ووجه صحة
ذلك ان محمدا رحمه الله ذكر في خارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضي بينهما نصفين ولو كان
الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين
ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا اطلق له الشهادة
بناء على ان الشهادة على النتاج لا تثبت بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة
تظهر في التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ولو تلقى كل واحد من
الخارج وذو اليد الملك من رجل فكان هناك بايعان واقاما البينة على النتاج عند من تلقى منه
فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضي به لذي اليد كان البائع قد حضر واقاما
على ذلك بينة فانه يقضي ثمه لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر
على النتاج فصاحب النتاج اولى خارجا كان او ذا يد لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للاخر
الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على اولية
الملك فلا يثبت التلقي للاخر الا من جهته ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم اقام الثالث البينة على النتاج يقضى
له الا ان يعيد ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك
وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق اخر فان اعاد ذو اليد بينته قضى له
لانها تقدم بالنسبة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضي بها للثالث وكذا المقضي عليه بالملك
المطلق اذا اقام البينة على النتاج سمعت وينقض القضا لانه بمنزلة النص في دلالته على الاولية قطعا فكان
القضا واقعا على خلافه كالقضا الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا يقبل بينته
لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين
ان الرافع لبينة المدعي كان موجودا اذ القضا كان خطا فاني يكون مقضيا عليه فان قيل القضا ببينة
الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضا
القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة
عنده وقت القضا فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وههنا البينة ما كانت قائمة عنده حال القضا
فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضا الاول
قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه
ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج من بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه استحسان ترك به

القياس

القياس بما روي جابر رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته
نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي
هي في يديه فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه فما لا يتكرر من اسباب الملك
اذا ادعاه به كان كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى
رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا انه
ملكه صنعه في ملكه او لبدا انه صنعه او مرعزا وهي كالصوف تحت شعر العنز او صوفا مجزوزا انه
ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضي بذلك
لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما يتكرر من ذلك قضى به للخارج كالخز
وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا فقيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج فاذا ادعى
ثوبا انه ملكه من خز او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى
حنطة انها ملكه زرعها او حبا اخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك
واقام عليه بينة قضى به للخارج لانها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلناه واما
البناء فان البناء يكون مرة بعد اخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم تغربل
التراب فيميز الحبوب ثم يزرع ثانية واذا لم يكن في معناه لا يلحق به فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار
وعدمه فيه يرجع الى العدول من اهل الخبرة ويبني الحكم عليه قال الله تعالى فاسألوا اهل الذكر
ان كنتم لا تعلمون فان اشكل على اهل الخبرة قضي به للخارج لان القضا ببينته هو الاصل والعدول
كان بحديث النتاج كما رويناه فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال واذا اقام الخارج البينة على الملك
واذا اقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد اولى لان الخارج ان كان يدعي
اولية الملك فذو اليد يتلقى منه ولا تنافي في هذا فصار كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء
منه واذا اقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد واقامها ذو اليد انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ
معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد قال المصنف رحمه الله هذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يقضى بها لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد
قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا يعكس اي لا يجعل
كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعه اياه لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك

لا يجوز ولئن كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كانهما
قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك يعني ان السبب
اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك
يستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انما نقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا لحكمه
بالنسبة اليه فبقي القضاء بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن فالالف
بالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على
نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده لان النقصان لما كان عنده كان كل واحد منهما موجبا
للثمن عند شرائه فيتقاص الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع
لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي
مثل هذا الاقرار تهاترت الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع
بعد القبض وليس في التعيين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا واذا جاز البيعان
ولم يكن احدهما اولى من الاخر في القبول تساقطا فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله
لان الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا لم يمكن ولو وقتت البينتان في العقار وقتين
فاما ان يكون وقت الخارج اسبق او وقت ذي اليد وكل منهما على وجهين اما ان شهدوا بالقبض
او لا فان كان وقت الخارج اسبق فان لم يشهدوا بالقبض قضي بها لذي اليد عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز
في العقار عندهما وعند محمد يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقي على ملكه
وان شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لانه يجعل ان الخارج باعها من بايعه
بعد ما قبضها وذلك صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضى للخارج في لما مر
الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا
فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف جمع الوجهين
في قوله فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم ولهذا باعتبار عدم اثبات القبض او ثم
سلم ثم وصل اليه بسبب اخر من عارية او اجارة باعتبار اثبات القبض قال ولو اقام احد
المدعيين شاهدين والاخر اربعة ● ولو ان احد المدعيين شاهدين والاول اربعة فهما سواء لان
شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا ترى ان خبر الواحد
لا يترجح بخبر اخر ولا الاية باية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يرجح على النص والنص
على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة
لانها صفة الشهادة ولا يترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة
كل عدد نصاب كامل قال ولو كان الدار في يد رجل ● اذا كان الدار في يد رجل

ادعاها

ادعاها اثنان احدهما جميع الدار والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها
ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما
هي بينهما اثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك ان عند ابي حنيفة
ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق بالاستحقاق من غير انضمام معنى اخر اليه يضرب بجميع
حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه
والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسالتنا والموصى له باكثر من الثلث
وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة
بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع
عبد رجل بغير امره وفضولي اخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة
ارباعا فعلى هذا امكن الاتفاق بينهم على القول وعلى المنازعة والافتراق فمما اتفقوا على العول فيه
العول في التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب
حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة مع الفضولي
اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق
كل واحد من المشتريين كان في الثمن فيتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسالتنا فعلى اصل
ابي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن
سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فنقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الاخر
فانفرد به صاحب الجميع والنصف الاخر كل منهما مدعيه وقد اقام عليه البينة والتساوي في سبب
الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة
ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين على معنى ان حق
كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم صاحب الكثير بنصيبه ولهذا كانت القسمة
بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب
بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا ولهذه المسألة
نظائر واضداد لا تحتملها المختصرات قال المصنف وقد ذكرناه في الزيادات فمن نظائرها

الموصي له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المادون له المشترك
اذا ادانه احد الموليين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائتي درهم فالقسمة بين المولى
المدين والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فيذكر
الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج قال ولو كانت دار في ايديهما ف الاصل
في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه
ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار
في ايديهما فمدعي النصف لا يدعي على الاخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج
عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضا وهو
الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج اولى يقضى له
بذلك ونصفها لا على وجه القضا وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضا بدون الدعوى
فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة ف اذا تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد
منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة موافق احد التاريخين فهو اولى لان علامة
صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه
سقط التوقيت وصار كانهما اقاماها ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين فان كان احدهما
ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه او اشكل قضي بها لذي اليد اما الظهور علامة الصدق في شهوده
او سقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال
عامة المشايخ بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول
الشهادة حال الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا فيترك الدابة في يد من بيده قضاء ترك كانهما لم يقيما
البينة قال في المبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين
يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما
اذا [كانت] مشكلة فلا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا
الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا ونظر الى مقصودهما وهو اثبات
الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضا بينهما نصفين ولهذا لانا لو اعتبرنا
التوقيت بطل البينتان وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي
اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق ولهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث
عن محمد انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضي بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين
لا يقضي لهما بشي ليس بشي لان مقصود المدعي ليس يعتبر في الدعاوي بلا حجة واتفاق

الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذوب واذا كان
عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصبه والاخر بوديعة فهما سوا لان المودع
لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق
فيكون بينهما نصفين

فصل في التنازع بالايدي

لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في
هذا الفصل يذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا اقامت البينة لا يلتفت
الى اليد قال واذا تنازعا في دابة ف اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها
فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب يختص بالملك يعني غالبا وكذا اذا كان لاحدهما راكبا
في السرج والاخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الناطفي هذه الرواية من النوادر
واما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانها بينهما لوجود
واحد الاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل اولى
لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فالابس اولى لانه اظهرهما
تصرفا ولهذا يصير به غاصبا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس والاخر متعلق به او كانا جالسين عليه
فهو بينهما لا على طريق القضا لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس
عليه ليس بشي من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على
السوا فيترك في ايديهما وبهذا يدرك فرق بينه وبين الدار اذا ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها
بينهما بطريق الترك ولا غيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد يكون بالاختطاط له
وزوال ذلك غير معلوم لها بعد ان كانت في مكانها الذي ثبت يد المختط فيه عليها لم يتحول الى محل
اخر فكان بيد ما ثبت عليها حكما ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لا يجوز القضا لغيره لانه شرط
جواز العلم بان المدعي ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد واذا كان ثوب في يد رجل وطرف
منه في يد اخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما متمسك باليد
لا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو قام احدهما شاهدين والاخر اربعة
وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة
هي اليد والزيادة هي الاستعمال واذا كان في يد رجل صبي يدعي رقه فلا يخلو اما ان يكون الصبي
ممن يعبر عن نفسه او لا فان كان الاول فان لم يقل فهو عبد ذي اليد وان قال انا حر
فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتايد بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال انه عبد
لفلان غير ذي اليد فهو عبد ذي اليد لانه اقر انه لا يد له على نفسه باقراره بالرق قبل الاقرار

وان كان الثاني فهو عبد للذي في يده

بالرق من المضاربة لا محالة واقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة
كالطلاق والاقرار بالدين واجيب بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد
الا ان عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا ينفذ ذلك عليه وعند عدمها ينفذ فيكون
فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذي لا يعقل اذا كان في يده لانه لما كان لا يعبر عن
نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من العوارض اذ الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان
الواجب ان لا يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن الاول بان فرض الالتقاط
يضعف اليد لان الملتقط امين في اللقطة ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من
وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على
على من ذلك شانه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول
قوله لظهور الرق عليه في حال صغره قال ـــــ واذا كان الحائط لرجل ، واذا كان الحائط
لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه ولاخر عليه هرادي جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاق
من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث يقال له بالفارسية وردول
فهو اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب
استعمال والاخر صاحب تعلق به فصار كراكب متنازعين ولاحدهما عليها حمل والاخر كوز
معلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره
وقد يسمى اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدار او احدان يكون انصاف لبن الحائط
المتنازع فيه داخله في انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون
ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه
لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ومن هذا يعلم ان من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند
التعارض اتصال التربيع اولى وقوله والهرادي ليس بشيء يعني قول محمد في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار
للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي
والبواري وانما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للاخر عليه شيء قضي به بينهما ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضي بينهما قضاء ترك وان لم يعرف
كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما الا انه يقضى
بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منهما بعد الثلاثة لان الزيادة
من جنس الحجة فان الحائط يبنى للحائط يعني للجذوع الثلثة كما يبني لاكثر منهما وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة
فهو لصاحب الثلثة وللاخر موضع جذوعه في رواية كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط كله لصاحب
الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذوعه يريد حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد اشار اليه المصنف

كما

وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على
قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى الحائط هذه الرواية قيل ما بين
الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات كما ذكره
وقيل يكون ذلك على قدر خشبهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القبل
الاول واكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكبير لان الحائط يبني لعشر خشبات لا لخشبة واحدة فقوله
والقياس رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلثة الى اخره يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون
الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال
والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين وجه
الرواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته
والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الاولى ان الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان
الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا
يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للاخر حق الوضع
عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المصنف من جعل الجذع والجذعين
واحدا هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كالجذع الواحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة
الثلث لامكان التسقيف بهما فلو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع
وللاخر اتصال وعلى الاولى وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع
صاحب الجذوع واتصال التربيع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه فالاول اولى لانه صاحب التصرف
وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى وممن رجحه شمس الائمة السرخسي وبزدوي
ان الثاني اولى لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله
لعدم القائل بالاستراك ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق
حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو
كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا
روي عن ابي يوسف في الامالي واذا كان في يد رجل عشر ابيات من دار وفي يد اخر بيت واحد فالساحة
بينهما نصفين لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة
وغيرها ولا معتبر بكون احدهما اكثر استعمالا دون الاخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق
بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الاخر هدبه حيث يقضى لصاحب الهدب
واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة
بينهما مشتركة واجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما
والاخر كالاجنبي عنه فالغى والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فيكثر بكثرة الاراضي كثرة

كان كالمحتاج لا يقدر على نفسه واعترض بالملتقط اذا ادعى رق اللقيط لا يقبل عن نفسه ح

الاحتياج الى السرب فيستدل به على كثرة حق له فيه واما في الساحة فالاحتياج للارباب وهما
فيه سوا فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث
يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار قال واذا ادعى رجلان ارضا كل واحد منهما ادعى
انها في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود
فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة لتعذر احضارها لا بد من البينة
لتثبت ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام
على خصم وحيث لم يثبت انها في يد الاخر فليس بخصم واجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد
ومن كان خصما للغير باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد اشار الى ذلك بقوله
لان اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون مدعيه خصما فان اقام البينة جعلت في ايديهما
لقيام الحجة فان طلب القسمة بعد ذلك لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا
هذا قول ابي حنيفة وقالا تقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما اذا كانت
الدار في ايدي ورثة حضور كبار اقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي
ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال
ابو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا
قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة
والعقار غير محتاجة الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب
كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان
حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه ويوقف الدار الى ان يظهر حقيقة
الحال وان نكلا قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه
بكلها نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا ارضا صحراء
انها بايديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك واحدهما لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده
لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس
في الثياب

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى
النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه قال واذا باع جارية فجاءت بولد
اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر
من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع
وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر وقد ادعاه
البائع وحده فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان
البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها
او دبرتها قبل ان ابيعها واذا لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب في الجارية

بدون الدعوى ووجه الاستحسان انا تيقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة
على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها
قوله ومبنى النسب على الخفاء جواب عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق
منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمراة
اذا اقامت البينة بعد الخلع على ان الزوج كان طلقها ثلثا واذا صحت الدعوة استندت الى وقت
العلوق فتبين انه باع ام ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق
وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته
لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان
الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري وان ادعياه معا ثبت النسب من البائع
عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير
فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال
دون الثانية فكان البائع اولى قوله وهذه دعوة استيلاد جواب دخل تقريره كيف يصح الدعوة والملك
معدوم ووجهه انها دعوة استيلاد وهي لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك
بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد عن النسب وان
جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري او لا فان كان الثاني فلا يصح دعوة البائع
لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد تيقنا وان كان الاول ثبت النسب
ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه
فلا يثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصير ام الولد واذا لم تصر ام ولد لم تبق الدعوة
في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبائع ليس بمالك وان ادعاه المشتري وحده صح
دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي وان جاءت به بين
المدتين فاما ان يصدقه المشتري او لا فان لم يصدقه لم يقبل دعوة البائع فيه لاحتمال ان لا
يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة ولو صدقه المشتري ثبت النسب ويبطل البيع والولد
والام ام ولد كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده
صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه فيما يحتمله ويكون دعوته
دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن
وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة
معلومة اما اذا لم يعلم انها ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة
على اربعة اوجه ايضا فدعوة البائع وحده لا يصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه
ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة
لا يمنع دعوى المشتري ولو ادعيا معا لم يصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت
به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك

في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري سببه في وجهين وفي جانب البائع في وجه واحد
فكان المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق
المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوى واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما
قال فان مات الولد فادعاه البائع الاصل هنا انه اذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ
يمنع فسخ الملك فيه بالدعوى ويبقى ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به
لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته
الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت
نسب الولد واخذه لانه اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم
اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم
الا تعتقها ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوى
لم يضر فوات التبع ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد وهذا بناء على ان مالية
ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها
وذكر المصنف رحمه الله رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا اعتق
المشتري الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه حصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام
فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره
ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشتري في دعواه وذكر الفرق استظهارا
فانه كان معلوما من قبله الموت والاصل في هذا الباب اعني به ثبوت حق العتق للام بطريق
الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك كما مر وفي الفصل الاول
يعني فيما اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوى والاستيلاد في التبع وهو الام فلا
يمنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل اذا لم يمنع الدعوى من الولد ثبت العتق فيه والنسب
لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت
النسب للولد صيرورة امه ام ولد للبائع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب
بقوله وليس من ضرورته اي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت العتق
والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه
فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من ابيه وليست امه ام ولد لابيه
وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امة وفي الفصل الثاني
وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولده قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع
ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوى والاستيلاد فيه وفي التبع قوله وانما كان الاعتاق مانعا
مثل ما يعتق عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه ان الاعتاق من المشتري
كحق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقض فيستوي
لفعل احدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين

ولا يرد حصة الام صح

في

في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر
صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى واجيب
بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما والحكم بصيرورته حر الاصل
ثبوت النسب الى الآخر ولقائل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة
ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض
خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد
فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سببا في نقض ما تم من جهته اجيب
بانه غير مقصود فلا معتبر به قوله ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق على الاستلحاق فان الثابت من المشتري
حقيقة الاعتاق والثابت للبائع في الولد حق الدعوة وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض
بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري
حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما
تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب
ما استولوا عليه من اموال المسلمين وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا بالقيمة جمعا
بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل
من ملك الى ملك قوله وقوله في الفصل الاول يريد به ان ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري
الام فهو ابنه يرد عليه حصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل
الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد بما خص الولد
من الثمن بخلاف الموت وفرق بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم انها ام ولد حين جعلها معتقة
المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه
معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف هو ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد
لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل باعتاق المشتري قبل
الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض
واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة
من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه بالدعوة قال ومن باع عبدا ولد عنده الخ والاصل
في هذا انه اذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني

كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من اخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع
لاحتماله النقض وما للبايع من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او اجره
او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض لاجلها لا
يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث
لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ولقايل ان يقول
الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان واما الدعوة من المشتري ومن البايع
فمتساويتان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق
والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجح دعوة المشتري على دعوة البايع من
حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب في وقت لم يزاحمه له فلا حاجة الى الثانية ومن
ادعى نسب احد التوامين ثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها
على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الاخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الايمة يجوز ان يقال
غلامان توءم وتوءمان وقوله وبطل عتق المشتري اذا كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان
كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سوالا وجوابا قوله بخلاف ما اذا
كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا ابتنى على تقدير تصحيح الدعوة من البايع وقد
تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق وههنا اي في مسلة التوامين حيث بطلان اعتاق المشتري
في المشتري تبعا لحريته حرية الاصل التحرير فالضمير لحريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه
يتعلق بقوله يبطل والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما ابدل
به اشارة الى سبقها ليبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محلا فكان خليقا بالرد
والابطال قوله ولو لم يكن اصل العلوق في ملك المدعي ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض
البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا
ابني مجازا فقوله لهذا الحر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل
ولايته فكذا دعوة التحرير ولو نقض بما اذا اشترى الرجل احد التوامين وابوه الاخر فادعى احدهما
الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم
شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى اخر وهو ان المدعي ان كان هو الاب
فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح من دعوة
التحرير قال واذا كان الصبي في يد رجل الخ اذا كان الصبي في يد رجل اقر انه ابن عبده فلان او
ابن فلان الغايب ولم يصدقه ثم ادعاه لنفسه لم يصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا
اما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير واما استقبالا فلان الغايب لا يخلو حاله عن ثلث اما ان
يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا يصح دعوته بالاتفاق

لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فيبقى اقراره وفي الوجه الثاني لم يصح دعوته عند ابي
حنيفة خلافا لهما فالاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا اكره على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت
وكذا الولاء هزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سوا فصار كانه لم يقر احد وادعاه لنفسه
وصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه البايع ثم قال المشتري انا اعتقته
فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح
وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد
الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا
يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به تضمن
شيئين حرمة المقر عن الرجوع فيما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق
حق المقر له به وبتكذيب العبد لم يبطل شي منهما اما الاول فلان تكذيبه لا يمين جانبه لما قلنا واما
الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر
الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من عداوة او فسق ثم
ادعاه الشاهد لنفسه فانها لا تصح وكذلك اوردها المصنف وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف
لا يقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما قوله مسلة الولاء جواب عن استشهادهما بانها على الخلاف
فلا ينتهض شاهدا وان سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب
الاب وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا انتقر سببه ولم يعد لانه على عرضية التصديق
بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري كان
الملك له قايم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل
بخلاف النسب على ما عرف مر ان النسب مما لا يحتمل النقض ولهذا يصلح مخرجا اي حيلة
على اصل ابي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه
باقراره بالنسب لغيره قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني الخ واذا كان
الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني
ولا يرجح الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعي التعارض ولا يعارض ههنا لان النظر
للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ
دلايل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام اي ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية
اذ ليس في وسعه اكتسابها ولقايل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مومن
خير من مشرك ودلايل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا ترى الى
كفر ابايه مع ظهور دلايل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم

يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر لانه قبل ذلك واحتمال الضرر بعد ويمكن ان يجاب
عنه بان قوله تعالى ادعوهم لابائهم يوجب دعوة الاولاد لابائهم ومدعي النسب اب لا ان دعوته
لا يحتمل النقص فتعارضت الاسلام وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصلبان نظر لها كره فكان
اقوى من المانع ولكن الاباء جحود والاصل عدمه لا يبرئ الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الافاق وبترك
الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب لهنا فان الصغير يحتاج الى الرق ولهو ضرر عظيم
لا يحاله لهذا والله اعلم بالصواب فلو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام
ولهو اوفر النظرين ولو نقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم
ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في البنوة ولم يترجح
جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استوتا في اثبات النسب بعد انتفاء النكاح لكن
ترجحت بينة الكلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين
لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد ويثبته من حيث حقا لنفسه اولى
وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يقوى بقوله صلى الله عليه
البينة على المدعي لانه اشبه المدعين لكونه يدعي حقا لنفسه قال واذا ادعت المراة صبيا
اذا ادعت المراة صبيا انه ابنها فاما ان يكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة فان كانت
ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان كذبها
لم تجز دعواها حتى تشهد بالولادة امراة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة
القابلة كافية لان التعيين يحصل بها ولهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي
صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة
عند ابي حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة
امراة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها
لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمراة ومنهم من قال
لا تقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لا والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يمكن
اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي امرا امكنه اثباته بالبينة لا تقبل
قوله فيه الا بالبينة والمراة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا
بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفائه فلا يحتاج اليها والاول هو
المختار لعدم التحميل على احد فيها ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر
فالقول له ايهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر قال ومن اشترى
جارية فولدت ولدا ثم [illegible] باب دعوى النسب مسئلة ولد المغرور والمغرور من وطئ
امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم يستحق الوالدة وولد المغرور حر بالقيمة
بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه

مضمون

١٦٧

انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب مثل الغلام
بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه
جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب عليه قيمتها واليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنص ان
الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ولانه
النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه
نظرا لهما قوله ثم الولد حاصل بيان لسبب الضمان وهو المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه
يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة امانة لا يضمن الا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم
الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وانه لو ترك مالا
يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابنه لانه
حر الاصل في حقه فيرثه ولا يقال ينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب
رقيق في حق المدعي لانه علق حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق
في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وانه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود
المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم
قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه حر المنع
والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع وهو الام لان
الغرور شملهما بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء
المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته في النهاية ذكر كتاب الدعوى

كتاب الاقرار

قال

وذلك لان
ذكر ما يتفق من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب
دعوى المدعي اذا توجه الى المدعى عليه فامره لا يخلوا اما ان يقر او ينكر والانكار سبب للخصومة
والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا
بينهما وبعدما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بماله لا يخلوا اما ان يسترجح
منه او لا فان استرجح منه فلا يخلوا اما ان يسترجح بنفسه او بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه في
كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله وذكر لهنا استرباحه بغيره وهو المضاربة
وان لم يسترجح فلا يخلوا اما ان يحفظه بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم
في المعاملات فتعين حفظه بغيره وهو الوديعة قال اذا اقر الحر البالغ العاقل
الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة
عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه ستذكر في اثناء الكلام وحكمه انه ملزم على المقر ما اقر به
لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال المحبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول
بقبوله صلى الله عليه وسلم الاقرار والالزام به في باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا

باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره
اولى وهو حجة قاصرة اما حجيته فلما تبين انه ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه
ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجيح
جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد
النافي لصلاحيته للحجية وشرط الحرية لتصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر
في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص وكان هذا اعتذار عن
قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر
اذا اقر لزم او لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شي ويصح ان يقال ليس بجيد وانما هو لبيان التفرقة
بين العبيد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون
له وقوله لان اقراره الى آخره دليل ذلك المجموع والضمير في اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه
غير موجب لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف المأذون له
لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس
لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونه معه وبخلاف
الحد والقصاص لان العبد فيهما مبقى على الاصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك
لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا من خواص الادمية والادمية لا
يزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام
الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما لان جهالته لا تمنع
صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او جرح جراحة
لا يعلم ارشها او بقي عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة
اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهوله وليست بصحيحة
اجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر
له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك على واحد
منا الف واذا اقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه المجمل فاليه البيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين
اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ لتصحيح اقراره
وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له على شي لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب
في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ما له قيمة مما
يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده المقر له
اولا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذا
اذا قال لفلان على حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان
يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل
يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان حبة حنطة ادنى قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر
بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه

وغير الحجة غير ملزم

وكونه مكلفا

الغصب اخذ مال

فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما
يجري فيه التمانع حتى لو بين في

التمانع

التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة
له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ
مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم
نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك حقيقته وقد تترك الحقيقة بدلالة
العادة كما عرف في موضعه وقد اشار بقوله تعويلا على العادة قال ـــــ ولو قال لفلان
على مال ... اذا قال في اقراره لفلان على مال فمرجع البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين
الا فيما دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو
قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول وقلنا الغا الوصف العظم فلا يجوز فلا بد من
البيان بما يعد عظيما عند الناس والغنى عظيم عند الناس والغنى بالنصاب لانه يعد صاحبه
غنيا فلا بد من البيان به فان بين المال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس
وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكاة من جنسه وفي الدنانير بعشرين مثقالا وفي الدراهم
بمائتي درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمته النصاب وهذا قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر
محمد قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول ابي حنيفة في الاصل في هذا الفصل وروي عنه
انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروي عنه فاوجبنا العظيم من جنس
مثل نوطها قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه والاصح على قوله انه يبنى على حال
المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكاة قال في النهاية
المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو
قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا لادنى الجمع واذا قال دراهم
كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلثة
عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم من
مستكثر عند قوم قليل عند اخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وما قل منه
كما في السرقة والمهر وبالمائتين اخرى كالزكاة وجوبا وحرمانا من احدهما وباكثر من ذلك كا
الاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى
ثلثة وقالا امكن العمل بها حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغا وقال ابو حنيفة
الدراهم مميز نوع تميز العدد واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده تمييزا
المفرد يقال احد عشر درهما ومائة والف درهم فتكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ
عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل
الى غيره ولو قال له على دراهم فهي ثلثة بالاتفاق لانه اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه
بخلاف المثنى الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن

المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة الكونه معتبرا في الشرع
تماما ــــ ولو قال كذا كذا درهما له كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله اعتبارها بالمفسر
فماله نظير في الاعداد المفسر حمل على اقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال
كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال كذا كذا كان احد عشر وان ثلث بغير واو لم يرد على ذلك لعدم
النظير واذا قال كذا وكذا كان احدا وعشرين وان ثلث بالواو كان مائة واحدا وعشرين وان
ربع يزاد الف ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين لان علي للايجاب وقبلي ينبي عن الضمان على ما مر في
الكفالة ولو وصل المقر بهما بقوله وديعة صدق ويكون مجازا لايجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه
تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف وفي نسخ المختصر يعني مختصر القدوري
في قوله قبلي انه اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمهما حيث صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة
جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر
ما ذكر في الاصل لان الهداية بشرح مسائل الجامع الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو
الصحيح فقدمه في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او في بيتي او في كيسي او صندوقي فهو
اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار يكون الشيء في يده واليد يتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما
وهو الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلي امانة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه دين ولم يثبت
اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والاخر يوجب الوديعة والجمع بينهما
غير ممكن والغاؤهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل للاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء
لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها او انتقدها او اجلني
بها او قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور في الدعوى
اولا فكانه اعادة بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى فكانه قال
اتزن الالف التي لك علي كالواجب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم
انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكانه قال اقعد وزانا للناس واكتسب المال واترك الدعوى
الباطلة او تعاد الوانتقد الناس دراهم واما في قوله اجلني فلان التاجيل انما يكون في حق واجب واما
في قد قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك
دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك
وذلك يقتضي سابقة الوجوب واذا قال له علي الف الى سنة وقال المقر له بل هي حالة فالقول
للمقر له لان المقر اقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده لغيره وادعى
الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة
في الدراهم فيلزم على الصفة التي اقر بها وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على انكار
الاجل لانه منكر واليمين على من انكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب
او مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع في تفسير المائة اليه لانه المجمل وهو القياس
في الدراهم ايضا وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة والمبهم محتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان

الدراهم

لان الدراهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على
ابهامها كما تقدم في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استثقلوا
تكرار الدراهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال
عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون
لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة وتجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان
الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت دينا في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها فبقي
على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير
الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا ان
الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب حيث
يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف
العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لا بقال
الاثواب جمع لا يصلح تمييزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صار كعدد واحد قال ــــ ومن اقر
بتمر في قوصرة اي الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للاخر فاما
ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف
والتشديد وعاء التمر او ثوبا في منديل او طعاما في سفينة او حنطة في جوالق لزماه لان غصب
الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل
وطعاما من سفينة لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر
ومن اقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا
للاول لغا اخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة يعني ان الاقرار
اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الا ضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وكذا
اذا قال غصبت منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل
والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل
والتحويل وعند محمد رحمه الله يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى بغصب العقار
والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمايل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحجلة بيت
يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه تعلم من
الاصل المذكور قوله لان النفيس من الثياب قد تلف في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله
بان قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع ان عشرة اثواب حرير
لا تجعل وعاء للكرباس عادة قوله على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء معناه ان الجمع ليس بوعاء
للواحد بل كل واحد منها موعى باجزائه والوعاء الذي هو اللبن بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق
عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان اخر كلامه لغوا وتعين اول كلامه مجملا ينبغي ان يكون

في معنى البيع قوله لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في ازالة الكسر لا في
زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلته الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد مر
في كتاب الطلاق فصل لما كانت مسايل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسألة الخيار
اتباعا للمبسوط قال ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم ومن اقر لحمل فاما ان يبين سببا
او لا فان بين فاما ان يكون سببا صالحا او لا فان كان صالحا مثل ان يقول اوصى له فلان او مات ابوه
فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عاينّاه حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا
بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به في مدة يعلم فيها انه كان قايما اي موجودا وقت الاقرار
بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي معتدة
فكذلك واما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا ان جاءت به ميتا فالمال
للموصي والمورث يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة
ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان
احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان السبب
غير صالح مثل ان يقول باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من
الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح
اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطا ويد فلان صحيحة
وهذا بخلاف ما اذا اقر للرضيع ومن السبب بذلك لانه لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور
ذلك حكما بنايبه وهو القاضي ومن ياذن له القاضي واذا تصور بالنايب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه
وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وصححه محمد لان الاقرار
اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله لانه
هو المفروض وامكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد الماذون له
اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة
كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة
ولهذا حمل اقرار العبد الماذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ به الشريك الاخر والعبد في
حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره
ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت لواحد ومن حملها لرجل ومات والمقر وارثه وورث
الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه الصورة
لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام
فالاقرار صحيح يلزمه ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي ونحوه والخيار باطل لان
الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمل لان الخبر ان كان صادقا مطابقا للواقع فلا يعتبر باختياره
وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما اثره في العقود ليتغير به
صفة العقد وتخير به بين فسخه وامضايه باب الاستثنا وما في معناه لما ذكر موجب

بلغ نقابله

الاقرار

الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثنا وما في معناه في كونه تغييرا
وهو الشرط والاستثنا استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي
ومنفصل وهو لا يصح لغواحد قال ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى متصلا
باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثنا مع الجملة اي الصدر عبارة عن
الباقي يعني قوله علي عشرة الا درهما يعني قوله علي تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط الاتصال
فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز الانفصال وقد عرف ذلك ايضا في
الاصول ولا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفرا استثنا الاكثر لا يجوز
لان العرب لم تتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه
واستثنا الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار
لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان
او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثنا وهذا اذا كان الاستثنا بعين ذلك اللفظ اما
اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المصنف في الباب الاول من ايمان الزيادات استثنا الكل من الكل
انما لا يصح اذا كان الاستثنا بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسايي طوالق الا
نسايي لا يصح الاستثنا ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى اتى على الكل صح وتحقيق ذلك ان الاستثنا
اذا وقع بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه
لا يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما تناوله الصدر والامتناع
والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل
هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى راسا فما وجه ذلك اجيب بان الاستثنا تصرف
لفظي الا ترى انه اذا قال انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح الاستثنا ووقع تطليقتان وان كان
الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا
الا اربعا فكان اعتباره اولى ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ولزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز خلافا لمحمد ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي وقوله
فيهما في قول محمد والشافعي يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك
تقدير على الثوب وهو غير مقدر لمحمد ان الاستثنا ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف
وهذا هو القياس وللشافعي ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد
تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى
والمستثنى منه شرط عند الشافعي ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط
بناء على ان الاستثنا عنده يعارض الصدر وليس من شرط المجانسة وليس بصحيح لانه يقول

المستثنى

بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناوله ولنا المجانسة
فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول عندنا ولابي حنيفة وابي يوسف ان شرط الاستثناء المتصل
وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في
تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي
المتقارب اما الدنانير فظاهر واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا
ومؤجلا وجاز الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح
مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار
بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة
بل يثبت سلما او ما بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم
المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح
الاستثناء ولقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ او الفقه والاول مسلم
وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث الفقه والجواب
ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس او معناه بما ذكرنا من حيث اخص الاوصاف
استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات قال
ومن اقر بحق وقال ان شاء الله ومن قال لفلان علي مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء
بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا
قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق فعند ابي يوسف لا يقع الطلاق وعند محمد يقع لانه تعليق
فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزمه
الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك اما الاول فظاهر واما الثاني فلان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط
لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط
لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم
اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون
ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم قال
ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له
الدار والبناء جميعا لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى ما تناوله
لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى اما انه لم يتناوله لفظ الدار مقصودا
فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته
بل يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم
والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانها تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها
او الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار
سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر

بكلها

بكلها ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة
لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض
دون البناء لفلان والبناء لا يتبعها بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان
حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه
المسائل يخرج على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان الاقرار
ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما الآخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر
وان كان لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه الارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول ما صح
لم يصح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لان
المقر له يستتبع التابع فاقراره بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما
فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله
الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لانه في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فصح
قال ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه
ولم اقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه او لا فان كان الاول فهو على وجوه احدها ان يصدقه المقر له
فيقال له ان شئت سلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت
معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وقع البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر
بتسليم العبد على المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس كلامنا فيه
لذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك
ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له
وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف غصبته منك وقال
لا بل استقرضته مني ولا تفاوت في هذا بين ان يكون العبد في يد المقر او المقر له والثالث ان يقول
العبد عبدي ما بعتكه وفيه لا يلزم المقر شيء لان المقر اقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم العبد
لا يسلم للمقر له بدله وفي هذا ايضا لا تفاوت بين ان يكون العبد في يد المقر او بيد المقر له فانه اذا كان في يد
المقر اخذ العبد ولو قال مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد لم
يسلم الى الآخر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع عبد والمقر ينكر
فيحالفان لان المقر يدعي تسليم من عليه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف وهو ينكر
واذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد لمن هو في يده ولو كان الثاني لزمه الالف ولا يصدق
في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل او فصل لانه رجوع عما اقر به فان اقراره صح رجوعا للكل
على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة الحاصلة للعقد
او طارئة كما اذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط فانه يوجب هلاك المبيع لعدم القدرة
على التسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار يوجب الثمن وآخره يوجب

وذلك رجوع فلا يصح ولئن كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد المقر له اما ان يصدق المقر في الجهة او لا
فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سيأتي فان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل
فان وصل فالقول قوله وان فصل لم يصدق لان اول كلامه موجب ولفظه مغير لانه يحتمل انتفاء وجوب
على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان اقر انه باع
متاعا بالالف وانما عبر عنه بذلك ليعلم ان الحكم في المتاع حكم العبد وقوله لانه لا يتاكد الوجوب اي بمجرد
وجود السبب وهو البيع لانه تاكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في
حين التردد لكونه ربما هلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتاكد بالقبض والمدعي
يدعي القبض والمقر ينكر فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب
شرط فلا بد من جواب وقوله لانه لا يتاكد الوجوب لا يصلح لذلك ولذلك قوله فيكون لوجود الفاء
ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح
لانه من شان التعليل وليس فيه اشعار بذلك ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان
وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتاكد لكنه يتاكد بالقبض كان الطالب
مدعيا للقبض والمقر ينكر فيكون القول له ولو قال ابتعت منه وفي بعض النسخ ابتعت منه
بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع
القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط
بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر
فانه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك لما تقدم في البيوع قال
وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي الف من ثمن خمر او من ثمن خنزير لزمه الالف ولم يقبل
تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل او فصل اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه لما اقر بوجوب الالف
ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شيء
لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر قد يجري فيه التبايع والضمنة وقد اعتاد
الفسقة شراءها واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان اخر كلامه بيانا مغيرا فيصح
موصولا فصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله واجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له
والتعليق بين اهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه
من حكم الارسال لا من صيغة التعليق فلا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع
والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له علي الف من ثمن متاع او اقرضني الفا
وبين انها زيوف او نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة وقالا ان قال ذلك
موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص لكن على احد قولي ابي يوسف
فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى

لهذا

وعلى هذا اذا قال له علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف
الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا
والستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكره
اخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء فصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي
ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب علم
يكن داخلا تحت العقد فلا يكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه فصار كما اذا
باعتك معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة
ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواها رجوعا وقوله
وقوله الا انها وزن خمسة جواب عما استشهدا به ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصح
لا يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار
فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة
ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب
فان قيل فالجودة كذلك لما مر انها ضد لها دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة بنوعه
لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون
رديئة في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع
ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او رديئة فليس في بيانه تغيير موجب
اول كلامه فصح موصولا كان او مفصولا وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض
انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض
يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد
هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط
ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات
بغير ظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر
هذا في الاصول ثم المشايخ من قال يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر
ما يوجبها للجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف
الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما سبق سواء ولو قال
اغتصبت منه الفا او قال اودعني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب
ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض
فان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيانا للنوع فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم

من قول ابي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا افلس ان يكون
بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها
من حيث الخلقة فيكون نوعا ليس الا كالحمر في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون نوعا وعيبا
والضابط في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت
نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان يكون الزيافة نوعا منها لتنافيهما لكنها تنافيها
بمعنى التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانت نوعا لتعين لطلق الدراهم لاحتماله
احتمال الجنس الانواع هذا والله اعلم بالصواب قوله ولهذا اي ولاجل ان لا معتبر لدعوى الجياد
لو جاز اداء المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض
فالقول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب
للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما ولو اقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة او رصاص
موصولا صدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر لكن الاسم يحتمله مجازا فكان بيانا
مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال في هذا كله يعني المذكور من البيع والقرض والغصب الف الا انه
ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء تقدير ورود لعدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام
فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير وذكر الاستثناء في اخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك
بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه ❊ ومن اقر بغصب ثوب ❊
هذه ودليل وجهها ان الغصب لا يختص بالسليم قوله ومن قال لاخر اخذت منك الفا قرضا
المقر اما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقولك اخذت وشبهه او على فعل غيره كاعطيت
فان كان الاول وادى بما لا يوجب الضمان نحو ان يقول اخذت وديعة فان صدقه المقر له
فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر بيمينه
وان ادعى غير ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب
وهو القرض والاخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني يجوز ان
يكون يقول اعطيتني وديعة وادعى الاخر غصبا لم يضمن والفرق ان في الاول اقر
بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وانكر الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب
الضمان وهو الغصب وهو ينكر فالقول قوله لان فعل الاعطاء والدفع يكون بلا قبضه قلنا
ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه ولكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر
قوله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر اما
اذا كان كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد
اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول
هاهنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة وقوله وجه القياس ما بيناه في الوديعة

اراد

اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله فيكون القول
قوله في كيفيته اي في كيفية ثبوت اليد له باي طريق كان كما لو قال ملكت عبدي لك بالف درهم
الا اني اقبض الثمن ولي حق الحبس كان القول له وان زعم الاخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صنعه
كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح والقت ثوبا في داره
وقوله ليس مدار الفرق اشارة الى الرد على الامام القمي فانه ذكر ان الرد انما وجب في مسئلة الوديعة
لا مدو لانها اخذت منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها اي العارية
والاسكان فورد ها على فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقال في شروح الجامع الصغير
هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا
وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال
اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون
القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بسبب مثل
الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان
ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكر اما هاهنا يعني في صورة الاجارة
واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا في المتن
ليظهر التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبر لان التقرير في كلامه لا يحتاج الى شرح
باب اقرار المريض افرد اقرار المريض بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست
للصحيح ولكن لان المرض بعد الصحة قال ❊ واذا اقر المريض في مرض موته ❊ اذا امرض
المديون ولزمته ديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل ما ملكه او استهلكه او مهر مثل
امراة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت
اسبابها تقدم على الديون المقر بها وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم او لا
يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الاهل اذ الفرض فيه المضاف الى محله وهي الذمة
القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة او مناكحة وانما الغرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان
عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه
ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض يتضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال
استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا
لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض
فانه لو كان كما زعم لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار
بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بعض الورثة اجيب بان استحقاق الوارث

المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى اقربهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين
فانه يجب بالاقرار لا بالموت قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي من
انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمريض غير ممنوع من الحوائج الاصلية
وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية قوله وهو بمهر المثل يجوز ان يكون
حالا يعني لان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح
جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليست يحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية
اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال
فان الحال مما لا يوقف عليه قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه
متعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره
بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي
حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق الثمر فلم يحجر لم يتعلق حق الغرماء
بماله وهذه اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى
فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض بما وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله
كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني ان اوله
ولو بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كما في حالتي الصحة
فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز
فيمتنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عند اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار من اول
المرض عن الاقرار في اخره وهذا الدليل افاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقدم
الديون المعروفة الاسباب فقال وانما يقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين
لا مرد له فيقدم على المقر به ويصير مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية
يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوت غيره قال ــــ ولو قضى بعض من دينه لاخر لم يصح ه الاقرار للغ
في المرض كالاقرار بالدين فيه بمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض
الغرماء دون بعض سواء كان غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق الباقين فلا يصح
فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعي يسلم له ذلك
لان المريض ناظر لنفسه فيه فيمتنع عما يقضي من يخاف لزوم الابانة بالاكثر بعد موته ويخاصمه
في الاخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل
حق غيره قوله الا اذا قضى ما استقرض في مرضه استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا اقضى
في مرضه ما استقرضه في مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه ذلك وقد علم ذلك بالبينة او بالمعاينة
جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل بعدله

ارايت لو رد ما استقبضه بعينه او فسخ البيع ورد المبيع الا انه سلامته للمردود عليه لحق الغرماء الصحة لا
فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل فاذا قضيت الديون المقدمة بنوعيها وفضل شيء صرف
الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حقه مجيء عليه وانما رد
في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهر صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل ماله
لعدم تضمنه ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض
بدين جاز ذلك في جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث بقوله عليه السلام
الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر اجيب بان ذلك في الوصية وما نحن فيه والاقرار للاجنبي
ليس من ذلك في شيء ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة
متعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا تقدم تجهيزه وتكفينه قال ــــ ولو اقر المريض
لوارثه لا يصح ه ولو اقر المريض لوارثه بطل سواء اقر بعين او بدين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال
الشافعي في اصح قوليه يصح لانه اظهار لحق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك
لكونه سعيا في فكاك رقبته وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث او بوديعة مستهلكة للوارث كما اذا
اودع اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضره وفاة الاب قال استهلكتها ومات
وانكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض انما يرد
للتهمة ولا تهمة ههنا الا ترى انه لو سكت ثم مات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهو نص في الباب لكن شمس الائمة
قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنه واراد به ما روي عنه اذا اقر الرجل
في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارثه فهو باطل
الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم
على القياس ولان حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا
وفي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وتذكرتها اوردنا الاقرار بوارث اخر
مما اجبنا به عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت
الموجب لانتهاء الامال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه
والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق الاقرار بالمال ولتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم
ببينته بلا مخصص الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال
الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه وان قيل الحاجة موجودة
في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث

اجاب بقوله وفيها نفع المعامله مع الوارث لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيى من المماكسه معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لما ذكرنا ايضا وهو السوال المذكور به انا ثم هذا التعلق حق لبقيه الورثه فاذا صدقوه فقد ابطلوه فصح الاقرار قال واذا اقر لاجنبي جاز وان اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصليه وكانت الحيله معلومه لما تقدم ولما انه ذكر لها تمهيد الذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار في ثلث الباقي ثم وثم حتى ياتي على الكل فان قيل المريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازه الورثه فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج محل كانه هو من الابتدا فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان ياتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكلما اقر بدين اشتغل محل التصرف الى الثلث بما بعده وليس الثلث بعد الوصيه الثاني محل تصرف المريض وصيه بل الثلث محلها ليس الا فافترقا قال ومن اقر لاجنبي الى اخره المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض ويكون والوارث اما ابنهم او غير ابنهم وغير المبهم اما ان يكون وارثا حاله الاقرار غير وارث حاله الموت لحجب او لغيره واما ان يكون وارثا حاله الموت غير وارث حاله الاقرار لحجب ولغيره وما الغير فاما ان يكون سببه مما يستند الى وقت العلوق اولا واما ان يكون اعني غير المبهم وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانيه اوجه ففيما لم يكن اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مبهما لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حاله الاقرار دون الموت فان كان الانتفا لحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد او اسلم الولد الكافر او اعتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوراثه بالموت فاذا لم يكن عند الموت وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلثا بسوالها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمه الايثار بقيام العده فلعله استعجل فراقها وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزياده على ميراثها

ولا

ولا تهمه في الاقل فيثبت وفيما كان وارثا حاله الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا لحاله الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبيه ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبيه فانها لم تكن وارثه قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى انه ابنه فيبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبيه ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان ما استند يتبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العده ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يورثها قبله فما ليس يستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول ابي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمه الايثار فاذا وجد سبب الوراثه عند الاقرار وحدثت التهمه والعقد المتجدد قائم مقام الاول لعدم صفه الوراثه عند الاقرار لان التهمه لم تكن متقرره لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار فصل ذكر الاقرار في النسب في فصل على حده بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحه الاقرار بالولد ثلث شرائط ان يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره وان يصدق المقر في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ولا يمنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصليه وهو يلزمه خاصه ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجه والمولى هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجه والمولى يعني مولى العتاقه سواء كان اعلى او اسفل جائز سواء كان اقراره في حال الصحه او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فيتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بموجبه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحه اقراره بالام وصحته بالاب وهو روايه تحفه الفقها وروايه شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف رحمه الله والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير للامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعه نفر بالاب والابن والمراه ومولى العتاقه وكذا صاحب النهايه والله اعلم بصحته

وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا
انه اقر بما يلزمه الى اللحوق قال في المبسوط واقرار المراة يصح بثلاثة نفر بالاب
والزوج ومولى العتاقة والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير
وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا ان
يصدقها الزوج لان الحق له او يشهد القابلة بالولادة اذا الغرض ان الفراش قائم
فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق قوله وذكرنا في اقرار الزوجة
تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج
واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة او لا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها ولا بد من تصديق هولاء والمراة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج اخر
وعدته ولئلا تكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد
موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج
المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من اثار النكاح
الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث
من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة رضي الله عنه
لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث
لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار
ومعناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت
بالارث ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة
حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار وبعين ما ذكرتم
ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح الباقي
باعتبارها فكذا التزويج واما الارث فليس بلازم له لجواز ان تكون المراة كتابية فلم يعتبر قائما
باعتباره قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين ومن اقر باخ او عم لم يقبل
في النسب لان فيه حمله على الغير واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف قريبا
كان كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوي الارحام او لا يكون فان كان
فهو اولى بالميراث من المقر له وهذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف
وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعد موته

والاول

والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف
في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه استحقه الموصى له ولهذه [illegible]
لا يحتاج الى البيان قوله ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه مبني على ما ذكرنا ان الاقرار
على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور
عن ابي حنيفة ولو كان المقر احدا اثنين لم يثبت النسب ايضا والمقر له يشارك المقر
في الارث بناء على ما مر من الاصل لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشراك
في ماله وولايته له في الاول فلم تثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة رحمه الله
اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده
وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ
في حصته ويبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر كالهالك
فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية قال ومن مات وترك ابنين
وله على اخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر
وللاخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على
نفسه ولا يصح عليهما يحلف الاخ بالله ما يعلم ان اباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم
لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر ان الديون
تقضى بامثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا
كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا انفا وعورض
بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب
ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة
لم يبق على زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه
زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على
المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى
انصرف الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب
بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني
ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك

لانه لو رجع المقر على القابض لشيء لرجع القابض على الخصم لزعمه ان اباه لم يقبض شيئا وله
تمام الجنسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع لتمام
ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور والقبض
لا يقول اذا كان زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره ظالم وهو
فيما يقبضه لو منه مظلوم فلا يرجع على الغير بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب
ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه والله اعلم

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة
خلاف المخاصمة وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه
وقد بيناه في التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتي تفصيله
وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير
وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه
لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب
البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت وحكمه ملك المدعي
المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل
التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى
المدعي احتمل المصالح عنه التمليك او لا وانواعه بحسب احوال المدعى عليه ما هو
المذكور في الكتاب وبحسب البدل على القسمة العقلية على ما سنذكر وجوازه
ثابت بالكتاب والسنة قال الصلح على ثلاثة اضرب انحصر على هذه الانواع
في قدر لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي
والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه يسقط بقولنا مجيبا وكل ذلك
جائز لقوله تعالى والصلح خير فانه باطلاقه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين
في قوله فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار
لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح خير
فكان عاما ولانه دفع قوله ان يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان
في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذر لان
الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على اخر وصلح من ادعى على امراة

نكاحا

نكاحا ما تكون لا يجوز فينصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق
في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الا
صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار وسكوت لانه صلح احل حراما وحرم
وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي ولان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه
رشوة وهي حرام ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير واول ما رويناه من الحديث وهو قوله عليه السلام
كل صلح جائز بين المسلمين وما ذكره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا
يطأ الضرة او لا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على
الصلح على الانكار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق
فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما
على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولان
هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضى بجوازه لوجود المقتضي
وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الاخذ وليس شيء منهما
بموجود اما الثاني فلان المدعي ياخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان
المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع
الظلم عن نفسه بالرشوة امر جائز لا يقال لا نسلم الجواز لقوله عليه السلام لعن الله الراشي
والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا
دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه
فجائز للدافع وتمامه في احكام القران للرازي فان قيل لو كان هذا اذا ادعى على اخر الفا فصالحه
على مائة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعمهم
هو تكسير نصا كما علم وانه ينبغي ان يجوز اجيب بان عدم جوازه
المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة وقد وقع هذا
بناء على زعم المدعي اذ في زعمه انه صرف لانه صالح عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه
في المجلس قال فان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال
على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما
في حق المتعاقدين فيجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية
ويفسده جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على الاطلاق بل فيه تفصيل لان الصلح
يكون الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة او
عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل

وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز ولئن احتيج اليه وقد اصطلحا
على ان يدفع احدهما الى الاخر شيئا على ان يترك الاخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون
عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا
على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو يجوز ولئن لم يحتج فيه
الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على
مجهول وقد احتيج الى التسليم لا يجوز ولئن لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية
الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما احتيج فيه الى التسليم والتسلم جاز وما صح فيه
لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع ولئن كان عن مال بمنافع
يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال فكل منفعة يجوز استحقاقها
بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة
ولئن قال ابدا او حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض
فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة
فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة واذا وقع الصلح عن السكوت
والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة
لما بينا ان المدعي اخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف
باخرى بما يقابلها اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة
فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل
في حق امراته والتحريم في حق المولى وامها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة
في الانكار ظاهر واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا
في حقه بالشك مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى براءة الذمة وهو الاصل
قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة اذا صالح عن دار عن انكار وسكوت لا يجب فيها الشفعة
لانه يأخذها اي المدعى عليه يستبقي الدار على ملكه لانه يشتريها وبدفع المال لدفع الخصومة
على زعمه والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعي ياخذها
عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره ولئن كان المدعى عليه يكذبه
فصار كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن اقرار واستحق بعض
المصالح عنه رجع المدعى عليه على المدعي بحصة المستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار
معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار
فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض
لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه واذا ظهر الاستحقاق ظهر
ان لا خصومة له فبقي في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه

دفع

دفع

دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل
فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى
الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع
مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة اجيب
بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لترك
لاسترداد الخصومة فيرجع واما المدعي فهو مخير في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار
بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصة المستحق ورجع
بالخصومة على المستحق فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه في كون
البعض المستحق في يده واما رد الحصة فلخلو العوض من هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو
استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له
بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع وان استحق بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض
بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بعضه بحسب الاستحقاق
لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا اذا لم يجر لفظ البيع في الصلح اما اذا جرى كما اذا ادعى دارا
وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار
ثم استحقت فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه
على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع
ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم الى المدعي
فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار والانكار
فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى
قال ولئن ادعى حقا في دار لم يبينه هذه المسألة قد تقدمت في باب الاستحقاق
من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا فصولح على قطعة منها لم يبينها بعينها
لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي ويقبل بينته لانه استوفى
بعض حقه وابرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر
شيخ الاسلام انه لا تسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه
ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك

عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وكذا لو وقع الصلح على قطعة منها لان الصلح
اذا وقع على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت
معين من غيرها لكونه اجارة حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية
لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه اما عينا او بدله عينا او منفعة قال المصنف والوجه فيه
اى الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد امرين ان يزيد درهما في بدل الصلح ليصير
عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي
في هذه الدار فانه يصح لمصادفته البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة
لم تقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه لو قال ابرأتك عن دعواي
او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما ان
ابرأتك انما يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى
كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات
في تعليل هذه المسألة لان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله
ان يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو
بريا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك
معناه على غير المخاطب وهو ظاهر **فصل** لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح
وشرائطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز الصلح وما لا يجوز قال
والصلح جائز عن دعوى الاموال ه الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على
اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان
فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا اوصى
بسكنى داره ثم مات وادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة على شيء كان في معنى الاجارة
لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح عن جناية العمد والخطأ صح اما الاول
فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء ووجه الاستدلال على ما قيل ما هو قول ابن عباس
والحسن والضحاك فمن اعطي من جهة اخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح
فاتباع اى فليتبع ولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اى على مجاملة وحسن معاملة
واداء اى وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة
على جواز الصلح عن جناية القتل العمد واما المعنى الآخر وهو مروي عن ابن عباس
رضي الله عنهم ثم عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص

بان

بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم
من الميراث فاتباع بالمعروف اى فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف
اى بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اى وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا
غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس انها نزلت في الصلح
قوله وهو بمنزلة النكاح اشارة الى اقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح
من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل
الفسخ بالتراضي واذا كان في معناه فما صلح ان يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالحه على سكنى دار
او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح
على ذلك ابدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا لجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم
ولا هو ملتزم الا ترى ان الصلح عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا
وانه اذا صالح على ان يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص
صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في
القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال
عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص آخر قوله الا ان عند فساد التسمية استثناء
من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا معنى لكن اى لكن اذا فسدت التسمية بجهالة جنسه
او للتسمية بما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة او ثوب
غير معين يصار الى الدية لان الولي ما رضي بسقوط حقه فيصار الى بدله الاصلي للنفس
وهو الدية في الاول بل لان بدل الصلح لا يتحمل الجهالة لوجوبه بعقده وان كان الثاني كما لو صالح
على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم ما يصلح متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيان ولو سكت
بقي العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اى في فصل
تسمية المال المجهول وفصل الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه حكما
قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وموضعه اصول الفقه وتحقيقه ان المهر من ضرورات
عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى مالا صار كانه لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا
وجب مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال فانه لو عفي بلا تسمية
لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له
الحق فصح ان وجوبه ليس من ضروراته ويدخل في اطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح الصلح
عن جناية العمد الجناية في النفس وما دونها وهذا اى الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح

عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق ان يتملك وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك
فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام اما القصاص فان
ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان اخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا
واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال
احترازا عن الصلح على اخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن
الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا تبطل شفعته
لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة
يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول له وصالح الكفيل على شيء من المال على ان ياخذ المكفول له
وصالح الكفيل على شيء من المال على ان ياخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب
المال وهل تبطل الكفالة فيه روايتان في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية
ابي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية ابي سليمان
لا تبطل لان الكفالة بالنفس قد تكون موصلة للمال فاخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقط حقه
بعوض لم يسقط مجانا واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه
اما ان يكون على احد مقادير الدية او لا والاول اما ان يكون منفردا او منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا
وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعي والمقدر الشرعي لا يبطل فرد الزيادة
بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس بمقدر شرعي كانت الزيادة ابطالا له
بل القصاص ليس بمال فكان الواجب ان لا يتقوم الا لكنه اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز باي مقدار
تراضيا عليه كالتسمية في النكاح وان كان منضما الى العمد كما اذا قتل عمدا واخر خطأ وصالح اولياؤهما
على اكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد كمن عليه لرجل
مائة دينار ولاخر الف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف الالف والباقي لصاحب
الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة بها
الا انه شرط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح ولو قضى
القاضي باحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر
من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل
فكان ما يعطى عوضا عن الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما
على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باحد المقادير زيادة على مقدار
الدية لم يجز فكذا هذا قال ـــ ولا يجوز عن دعوى حد لان الاصل في هذا ان الاعتياض
عن حق الغير لا يجوز فاذا اخذ رجلا زانيا او سارقا او شارب خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه
المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد

حق

حق الله والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل الحرام واذا ادعت
امراة على رجل صبيا بيدها انه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المراة النكاح ولكن انه طلقها
وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح عن النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي
فلا يجوز الاعتياض عنه واذا اشرع رجل الى طريق العامة فصالحه واحد من العامة على مال لا يجوز
لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت
على طريق غير نافذ فصالح رجل من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوك لاهله منظر في حق الافراد
والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضى الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد
لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها
في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح
وحد القذف داخل في جواب الكتاب لان الغالب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث
بخلاف القصاص قال ـــ واذا ادعى رجل على امراة نكاحا هذا بناء على الاصل المار ان الصلح
يجب اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته امكن تصحيحه
خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها
خلعا في حقه صح
ان اقام على الزوج بينة بعد الصلح لم يقبل لان ما جرى كان زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده
ولئن كان مبطلا في دعواه لم يحل له اخذ بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح
الا ان يسلم بطيب من نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسألة وهي ما اذا ادعت
امراة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي
بعضها لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج اعطاها بدل الصلح زيادة على مهرها ثم خلعها وجه الثاني انه
بذل لها لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا
مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت
دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل
مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فاقرب العقود اليه شبها العتق على مال فيحمل بمنزلته
لامكان تصحيحه على هذا الوجه ولهذا يصح على حيوان الى اجل في الذمة ولا يصح ذلك الا فيما يقابل ما ليس بمال
كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان ويجعل في حق المدعي لدفع الخصومة لانه يزعم انه
حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت الولاء لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء لانه صالحه
بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا
عمدا فصالح عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين او لا وان قتل عبد له اي للعبد المأذون له رجلا
عمدا فصالح عنه جاز سواء كان عليه دين او لا والفرق ان رقبته ليست من تجارته

ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً ولو جاز اجارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى
وصار كالاجنبي اي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي
اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا اما عبده غير تجارته وكسبه
وتصرفه فيه نافذ بيعاً فكذا استخلاصاً وتحقيق هذا ان المستحق كالمزال عن ملكه فصار كأنه
مملوك للولي ولهذا كان له ان يتلفه وهذا اي الصلح كانه شراؤه وهو لا يملك ذلك لان نفسه
فانه اذا زال عن المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب
فانه لو قتل عمداً وصالح عن نفسه جاز واجيب بان المكاتب حر يداً واكسابه له
بخلاف الماذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد الماذون له
وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفى عنه ببدل
فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه
صحيح لكونه مكلفاً وان لم يصح في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل موجل يواخذ به
بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل ولا ان يتبعه بشيء ما لم يعتق
فلهذا قال ومن غصب ثوبا يهوديا يهود قوم من اهل الكتاب
ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة
فكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيمياً معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من
القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي حنيفة ولا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن
فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج لذلك الصلح غالباً وقيد بالقيمي احترازاً عن المثلي فان
الصلح عن كر حنطة على دراهم او دنانير جاز بالاجماع سواء كانت اكثر من قيمته او لا لكن القبض
شرط وان كانت باعيانها لئلا يلزم الكالي بالكالي وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن
الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان
قائماً جاز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف
في الذمة حالاً وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة
عين المغصوب حقيقة ان كان قائماً وتقديراً ان هلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقابله
قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا
يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف
الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة
ولابي حنيفة طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في
ضمان القيمة حتى لو كان عبداً واختار ترك التضمين كان العبد هالكاً على ملكه حتى كان الكفن عليه

ملك صح

لو

ولو كان آبقا فعاد من اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا
عن ملكه في الثوب او العبد وهو ربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثاني ان الواجب
على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده فهو الاصل في الغصب
وانما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين فكان ذلك ضرورة لا يصار اليه الا
عند العجز فاذا صالح على شيء كان البدل عوضاً عن العين وهو حاصل في المجلس فلا يظهر الفضل
ليكون ربوا وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسألة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب
المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا ينصرف فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار الى القيمة
ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة
الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان
الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو
كان بدلاً عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف يقابله المغصوب ثمن ويقابله القيمة مبيع وبما لو صالح
من الدية على اكثر من عشرة الاف درهم لم يجز واجيب بان المغصوب المستهلك لا يوقف على
انه مكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالحه على ذلك حالاً جاز وبان البدل جعل
في مقابلة الدية لانه لا وجه لجعله الاعتياض عن المقتول وعورض دليل ابي حنيفة بانه لو باع عين
المغصوب بعد الهلاك او الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز واجيب
بان البيع يقتضي قيام المال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح
فيمكن تصحيحه اسقاطاً وصحته لا تقتضي قيام المال المتقوم حقيقة قوله واذا كان العبد بين رجلين
للعتق ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا من عبد
بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا او يسعى العبد باب
التبرع بالصلح والتوكيل به لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع
بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه [illegible] وكل رجل
بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي عنه وكذا في رواية المصنف رحمه الله دم عمد او على ما
صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم
فلها اي عليها وهذا كما ترى يدل بظاهره على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه
فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف وتأويل هذه المسألة اذا كان الصلح عن دم عمد
او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه
الا ان يضمنه لانه حينئذ مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال

فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل
وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على اطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه
انه لا بد لتاويل المسئلة من قيد اخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار فان كان
لا يجب على الوكيل شي وان كان فيه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة
الطلاق بجعل وذلك جائز من الاجنبي جوازه مع الخصم قال ــــ وان صالح عنه رجل بغير امره
وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على
مال اما ان قرن بذكر المال ضمان نفسه اولا فالاول هو الوجه الاول والثاني اما ان اضاف المال
الى نفسه اولا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما ان سلم المال المذكور اولا فالاول هو الوجه الثالث
والثاني هو الرابع ولكن يرد وجهان اخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا
او منكرا وكل منهما اما ان قرن به التسليم او لم يقترن وقد ذكر وجها حكم المنكر ولغي وجها حكم
المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر وبقي حكم المعرف غير المسلم
وهو الذي ذكره بقوله قال ــــ العبد الضعيف ووجه الكل اما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح
وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة
الاجنبي والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحد فصلح ان يكون اصيلا في هذا
الضمان اذا اضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المراة اذا ضمن المال ويكون متبرعا
على المدعى عليه لا يرجع عليه بشي كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا
يكون لهذا المصالح شي من المدعى اي لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه
مقرا وانما يكون ذلك للذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق
المبادلة فاذا سقط لم يبق ثمة شي في اي شي يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا اي في ان
المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لان في
زعمه ان لا شي عليه وزعم المدعى لا يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فلان الصلح كان ينبغي ان يصير المصالح
مشتريا ما في ذمته مما ادى الا ان شرا الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه وهو
لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتريا لنفسه
اذا كان بغير امره لان شرا الشي من مالكه صحيح وان كان في يد غيره ووجه الوجوه الباقية مذكور
في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو
بمنزلة قوله صالحني على الف فيتعذر على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على الف درهم من
دعواك على فلان فان فيه يتوقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رد بطل ولهذا وجه لكن
عدم ذكره في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح باب
الصلح في الدين لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى
الدين لان الخصوص ابدا يكون بعد العموم قال ــــ وكل شي وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل الصلح على المعاوضة بل على

اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد المداينة لم يحمل الصلح على المعاوضة بل على
استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك حملا
لامر المسلم على الصلاح كمن له على اخر الف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة
وكمن له على اخر الف درهم لذلك فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى
تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة
الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على الف مؤجلة صح وحمل على التاخير الذي فيه معنى الاسقاط
لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربوا فان لم يمكن حمله على الاسقاط الباقي
كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على
الباطل فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في الديون في مثل الصلح لا تخرج عن احد هذين
الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز ولذا اذا كان له الف مؤجلة فصالحه
على خمسمائة حالة فانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء
استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين
وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام روي ان رجلا سال ابن عمر رضي الله عنه
فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذا لان حرمة الربوا بالنسا ليست
الا لشبهة مبادلة المال بالاجل فلحقيقته اولى اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه
على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز والاصل ان المستوفى اذا كان ادون من حقه
فهو استيفاء كما في العكس وان كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقة له
فلا يمكن جعله استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل
اذا كان حقه الف درهم نبهرجة فصالحه على الف درهم بخية تعذر بذلك المال فهو احسن من النبهرجة
وجاز الصلح والزيادة موجودة اجاب ــــ بقوله بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود
لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس وحاصله ان الجودة اذا
وقعت في مقابلة ما ليس كان ربوا كالمسئلة الاولى فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربوا واما اذا لم تقع
في ذلك صرف والجيد والردي فيه سواء ابدا ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم
حالة او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة ان كانت حالة او استيفاء
لذلك وتاجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم لان مبنى الصلح
على الحطيطة والحط ههنا الزم فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة قال ــــ ومن له على اخر
الف درهم ــ ومن له على اخر الف درهم حالة فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بري من الفضل ففعل
فهو بري فقيل معناه فقبل فهو بري في الحال ويجوز ان يكون معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بري

من الباقي فان لم يؤد خمسمائة غدا فهي عليه ما دام الالف كما كان في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود عليه لانه ابرا مطلق اذ ليس فيه ما يفيد الاجعل اداء
خمسمائة عوضا حيث ذكر بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة
ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم تجري
وجوله اي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي الابرا مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدا بالابرا
بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تؤدي غدا خمسمائة ولهما ان هذا ابرا مقيد بالشرط
والمقيد بالشرط يفوت بفواته اي عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط
عندنا لكنه عند انتفائه باق لبقائه على العدم الاصلي وموضعه اصول الفقه وانما قلنا انه
مقيد بالشرط لانه بدا باداء خمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذرا عن افلاسه او توسلا الى تجارة اربح
فصلح ان يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط
لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه تقابل الشرط بالجزا كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل
بمعنى المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكانه منهما قول بموجب العلة اي سلمنا انه لا يصح
ان يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافي ان يكون مقيدا بوجه اخر وهو الشرط قوله او لانه متعارف
معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة
واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بان يكون تحمل البعض مقيدا لابرا الباقي والمعروف
عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا قوله والابرا مما يتقيد بالشرط
وان كان لا يحتمل التعليق به جواب عما يقال تعليق الابرا بالشرط مثل ان يقول لغريمه اذ كفيل
اذا اديت او متى اديت او ان اديت الي خمسمائة فانت بري من الباقي باطل بالاتفاق والتقيد
بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى اما لفظا فهو ان
التقيد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك واما معنى
فلان في التقيد به الحكم الثابت في الحال على عرضية ان يزول وان لم يوجد الشرط وفي
التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضيه ان يثبت عند وجود الشرط والفقه
في ذلك ان الابرا فيه معنى الاسقاط والتمليك اما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول
كما في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في ابرا الكفالة
وتعليق الاسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشروط وتعليق التمليك به لا يجوز
كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابرا الذي شبهة بهما توجب العمل بالشبهين فقلنا الاسقاط
فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبهة التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل
التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك لان لم يكن به حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط
فكان مقيدا بالشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما في قوله كما في الحوالة متعلق بقوله
فيفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل

مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله وسيجي البداية
بالابرا وعدا بالجواب عما قال ابو يوسف كما اذا بدا بالابرا اذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه
ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة ان رب الدين في تعليق
الابرا باداء البعض لا يخلو اما ان بدا بالاداء اولا فان بدا به فلا يخلو اما ان يذكر معه براءة الباقي عن
المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط اولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني
وان لم يبدا بالاداء فلا يخلو اما ان بدا بالابراء اولا فان بدا به فهو الوجه الثالث وان لم يبدا فلا يخلو اما
ان يذكر بحرف الشرط اولا فان لم يبدا فالوجه الرابع وان بدا فهو الخامس اما الوجه الاول فقد
ذكرناه والوجه الثاني ظاهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على ان الثابت
اولا لا يزول بالمشكل فاذا قدم الابرا حصل مطلقا ثم ذكر التعجيل وقع الشك لانه ان كان عوضا فهو كما
كما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا يتقيد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل
به الثابت اولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتا ظهر ان اداء البعض
لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق الازمان فلا يصلح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقيد
فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان الابرا لا يحتمله
فلا يكون صحيحا ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني بعضه ففعل اي اخر او حط
جاز عليه اي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال لان اقراره وابداء ان حط
لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف لا يقال هو مضطر فيه لانه لم يفعل
لم يظفر لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عبيدا بطعام بايكله لجوع قد اضطر به كان
بيعه نافذا ومعنى المسألة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ المقر بجميع المال في الحال

فصل في الدين المشترك

أخر بيان الحكم المشترك عن المفرد لان المركب يتلو
المفرد واذا كان الدين بين الشريكين اذا كان الدين بين الشريكين فصالح
أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان
شاء اخذ نصف الثوب من الشريك الا ان يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه
في اتباع الغريم او شريكه القابض واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا
قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض وهو الدراهم او الدنانير
او غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض
وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الثمر والولد فلما جاز تصرف القابض

ولو حجة المشاركة في ذلك
فان قيل لو كان زيادة
الدين ما اقبض كزيادة
الثمر والولد

في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التفرد في الولد والثمر بغير اذن الاخر اجاب بقوله
لكنه اي المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض لان العين
غير الدين حقيقة وقد قبضته بدلا عن حقه فملكه وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته
وعرف الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة
وثمن ملك مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة
احترازا اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الاخر
نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن
للاخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب اخر
فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفي بقوله
اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي ان يزاد على هذا او يقال اذا كان صفقة واحدة بشرط
ان يبين وياخذ قدر الثمن وصفقته لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه
كذا ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للاخر ان يشاركه فيه
لان تفرق التسمية في حق البايعين لتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل
البيع في نصيب احدهما ولذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة بخمسمائة
ونصيب الاخر خمسمائة سود لم يكن للاخر ان يشاركه فيما قبضه لان التسمية تفرقت
وميز نصيب احدهما عن الاخر وهنا ولعل المصنف انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك
وبلوغه يان حقيقته ولما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا ونزل عليه مسئلة
هذا اذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه
فيما قبض لما قلنا من الاصل ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد
من بقاء الباقي على ما كان من الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه ولو اشترى
احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيرا
من دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة
بيعا لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كلا اي من غير حطيطة واغماض لان
مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه
على ذلك فلو الزمناه في الصلح بضمان ربع الدين للنفسه تضرر وتخير القابض كما ذكرنا من قوله

الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده
فان قيل هب انه ملكه بعقده اما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض
اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو
بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة
الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان يخفف لا ينافي ذلك لان النقود عينا كانت او دينا
لا يتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها
لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها واما الصلح فليس ملتزم به في ضمن المصالح شيء يقع المقاصة
به فتعين ان يكون الماخوذ من الدين المشترك فكان للشريك سبيل من المشاركة فيه
وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه
بالنقود وشرى السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه
حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه لئلا يتعلق له ما عليه فان هلك ما على فلو سلم
الساكت للقابض ما قبض ثم توي ما على الغريم له ان يشارك القابض في المقبوض لانه
انما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال
يرجع على المحيل كذلك واذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك قد
بذلك لم يرجع على الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض منه على ان اخر الدينين قضاء
عن اولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يستوفيه ولو ابراه عن نصيبه
فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من
السهام حتى لو كان على المديون عشرون درهما فابرا احد الشريكين عن نصف نصيبه
كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف
خلافا لهما قال صاحب النهاية ذكر من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب
حيث ذكر قول محمد مع قول ابي يوسف وذلك يدل على انه يجوز ان يكون المصنف قد اطلع على رواية
لمحمد مع ابي حنيفة وابو يوسف اعتبر التاجيل بكونه ابراء موقتا بالابراء المطلق وهما لا يلزم قسمة
الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الاخر باتصاف احدهما بكونه حالا والاخر بكونه مؤجلا
وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه
عن بعض ولقائل ان يقول تاخير البعض بل تميز احد النصيبين عن الاخر اولا فان تميز بطل
قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الاخر والا
والجواب عنه ان تاخير البعض فيه يستلزم التميز بذكرنا توجيه فيه يستحيل ذلك فيه

يعني قوله لامتياز احد النصيبين لا يستلزم التأخر الا امتياز فان قيل بعد جوزوا ابرا احدهما
عن نصيبه وذكر الابرا يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا بل يستحيل فيه ذلك
اجيب بان القسمة تستدعي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود
فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة امرا وجوديا لزم ما ذكرتم وانما هي رفع الاشتراك
او الاتحاد او تثبت قسمة وذلك عدمي فلا نسلم انها تستدعي وجود النصيبين لانا نقول
القسمة افراد احد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضي
وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الاصلية ولو غصب
احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك قصاص
بقدره من الدين وهو كذلك الدين فيصير قضاء للاول وكذا اذا استاجر من الغريم بنصيبه
دارا او سكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مستوفيا نصيبه وقد قبض ما له
حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل كالاعيان من كل وجه عند ورود
العقد عليها وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف وصورته ما اذا رمى النار على
ثوب المديون فاحرقه وهو يساوي نصيبه المحترق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه
فان للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله ان الاحراق اتلاف للمال
مضمون وكان كالغصب والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فجعل المحرق
مقتضيا ولابي يوسف رحمه الله انه يتلف نصيبه بما صنع لا انه قبض لان الاحراق اتلاف
فكان نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن
للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع
عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة
فانه تملك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وروى بشر
عن ابي يوسف انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون
دين المهر الواجب للمراة لقي الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء
والصلح على نصيبه بجناية العمد ايضا كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة
بل اتلف نصيبه فيبطل واما قيد بقوله عمدا لانه في الخطا يرجع عليه واطلق في الايضاح
فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة
بمنزلة النكاح ولم يرد انه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء
قوله واذا كان السلم بين شريكين اذا اسلم رجلان رجلا في كر حنطة
فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان ياخذ نصيبه من راس المال وفسخ عقد السلم

في نصيبه

في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا باجازة الآخر فان اجاز جاز وكان
المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجز فالصلح باطل
وقال ابو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن
نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه
كذلك ههنا وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم
ولابي حنيفة ومحمد وجهان احدهما انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من
النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتمييز
والتمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه
وله بخلاف شرا العين فانا اذا اخترنا فيه الشق الاول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه
في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم
فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والثاني
انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من راس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما
واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك
القدر وقد كان ساقطا بالصلح يعاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في
الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بعد ذلك
على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واحد بدل
سقوط المبدل لا بسقوطه بل استيفاء ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان
الديون تقضى بامثالها ودين السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب
قالوا اي المتاخرون من مشايخنا هذا الاختلاف بينهم فيما اذا لم يكونا خلطا راس المال خلطا بعد
وعقدا عقد السلم واما اذا خلطاه فان بعضهم قال على هذا الاختلاف ايضا وهو لا ينظروا
الى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلم ينفرد احدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين ان
يكون راس المال مخلوطا او غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهو لا نظروا
الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار مشاركتهما في
المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من راس المال وصفة اختلاف
المتاخرين من ان الاختلاف المتقدم في صورة خلطا راس المال او على الاطلاق
ان محمدا ذكر الاختلاف في البيوع بعد ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح بعد تفريع

عدم الخلط لأن الاختلاف شركة فيما قبض المصالح في قول ابي يوسف ولم يذكر قول ابي حنيفة
ومحمد فظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لان الموجب للشركة
في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف بين خلطها ولم يخلطها

فصل في التخارج التخارج من الخروج وهو ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من
الميراث بمال معلوم ووجه تاخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى احد ان يخرج من البين بغير
استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به وله شروط نذكرها في
اثناء الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه في مختصر القدوري الرسالة قال وإذا كانت التركة
بين ورثة فاخرجوا احدهم ش واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال
اعطوه اياه حال كون التركة عقارا او عروضا جاز قليلا اعطوا او اكثر وقيد بذلك لانها لو
كانت من النقود كان هناك شروط سنذكرها وهذا لانه امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح من
القليل من الثمن والكثير ولم يصح جعله ابراء لان الابراء عن الاعيان المضمونة لا يصح فان قيل
لو كان بيعا لشرط معرفة قدر حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع اجيب
بان الجهالة المفضية للمنازعة تفسد البيع لامتناع التسليم الواجب بمقتضى البيع
وهذا لا يحتاج للتسليم فلا يفضي للمنازعة فصار كمن اقر انه غصب من فلان شيئا
واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما قدره ومن جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه
اثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان امراة عبد الرحمن بن عوف
رضي الله عنه صالحوها على ثلث ثمنها على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر
كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رضي الله عنهم في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر
وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من ثلثين ومائتي جزء فصالحوها
على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا اخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا
ولم يعتبر ذلك من الكتاب وذكر في شرح الكتاب ... ولو كانت التركة فضة
فاعطوه ذهبا او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن
يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا
لكونها في يده يكتفي بذلك القبض اي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح
والاصطلاح وذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبض امانة او قبض ضمان ناب احدهما
مناب الآخر واذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان الذي
في يده تركتها مقرا فانه لابد من تجديد القبض وهو ان ينتهي الى مكان يتمكن من قبضه لانه
قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه

على

على احد النقدين فلابد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله
والزيادة بحقه من بقية التركة فان كان مساويا لنصيبه او اقل او لا يعلم قدر نصيبه بطل الصلح
لوجود الربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض واذا كان اقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم
واذا كان مجهولا فلوجود شبهته وذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضا
لما مر ولابد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل
بطلان الصلح على مثل نصيبه او اقل من العدد الاقل حالة التصادق اما اذا ادعت ميراث زوجها
وانكر الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها
لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس في ذلك ربوا ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا
قل او كثر وجد التقابض في المجلس او لا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك
جاز كيفما كان صرفا للجنس بخلاف الجنس كما في البيع لكن لابد من القبض في المجلس لكونه صرفا
قال وإذا كان في التركة دين على الناس ش واذا كان في التركة دين على الناس
فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين
والعين جميعا اما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح واما
في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز ان يشترطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع
الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز
واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة
اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم
بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة والاوجه ان يقرضوا المصالح
قدر نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبهم من الغرماء
ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل
لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة
مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول
الفقيه ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان
يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل فهي شبهة الشبهة وليست بمعتبرة ولو كانت
التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل او موزون او
غير ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء عن
العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست

لانه ليس الاسقاط فيه معنى المعاوضة عن الاعيان لا يصح بخلاف

صرفا بدل

بنقضه الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فما ثمه احتياج الى التسليم حتى يفضي
الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه
الى ذلك ولو كان على الميت دين فالمراد بالدين دين مستغرق او غيره ففي الاول لا يجوز الصلح
ولا القسمة لان الوارث لم يتملك التركة وفي الثاني لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه
لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز واما القسمة فقد قال الكرخي انه لا يجوز
استحسانا ويجوز قياسا وجه الاستحسان ان الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء
الا وهو مشغول بالدين فلا يجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ان التركة لا تخلو عن
قليل الدين فيقسم نفيا للضرر عن الورثة

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من
الضرب في الارض وسمي بهذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا
للربح قال الله تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح
دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا وشرعيتها للحاجة اليها
فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد اي
خالي اليد من المال فكان في شرعيتها انتظام مصالح الغبي والذكي والفقير والغني
وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها
وركنها استعمال الالفاظ الدالة على ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة
او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فكذا وشروطها نوعان
صحيح وهو ما يبطل العقد بفواته وفاسد وهو يفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا
كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح قوله وبعث
النبي صلى الله عليه وسلم بيان لثبوتها بالسنة والاجماع فانه عليه السلام بعث والناس
يباشرونه فقررهم عليه وما روي ان العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة
شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد
رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي عليه السلام
امر اعانته من اقسام السنة على ما علم وتعاملت به الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير
فكان اجماعا قال ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده المدفوع الى المضارب
من المال امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشرا
ولا على وجه الوثيقة كالرهن ولا معوض لذلك فهو امانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه

لانه يتصرف فيه بامر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله فلو [illegible]
فيشركه واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله ليستحق
ما شرط من الربح كالاجير على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب اجر المثل
وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه
على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة
على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة
فيما ذا ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح اي لا في راس المال
مع الربح لان راس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال
والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة اذ لا انعقاد
العقد بدونها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا ترى
ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا يصح
المضاربة الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو ان يكون راس المال دراهم او دنانير
عند ابي حنيفة وابي يوسف او فلوسا رائجة عند محمد وما سواها لا يجوز وقد تقدم
في كتاب الشركة ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لان عقد المضاربة
يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة يعني يشتمل على التوكيل والاجارة فبراي
اي الاجارة بالذات وكل منهما يقبل الاضافة لان الاجارة في المستقبل فيجب ان يكون عقد
المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالي
على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال
اعمل بالدين الذي في ذمتك فانه لا يصح المضاربة بالاتفاق ولكن مع اختلاف التخريج
اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع اي في باب الوكالة
في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على اخر الف درهم فامره ان
يشتري بها هذا العبد بالالف واذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله واذا
كان المشتري للمشتري كان راس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح واما
عندهما فان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري للامر فتصير مضاربة بالعروض
وذلك لا يجوز قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا ومن شروط المضاربة

ان يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه ان لا يستحق احدهما دراهم من الربح مسماه لان شرط ذلك
ينافي الشركه المشروطه لجوازها والمنافي للشرط مبطل له لان المنافي مناف له واذا انتفت احد
المتنافيين انتفى الاخر ثم فسر ذلك بقوله فان شرط زياده عشر دراهم فله اجر مثله لفساده
لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فيسقط الشركه وهذا اي وجوب اجر المثل لانه عمل لرب المال
بالعقد وابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد ولا بد من عوض منافع تلفت
بالعقد وليس ذلك غير الربح لكونه لرب المال لانه نما ملكه فتعين اجر المثل وهذا التعليل
يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربه ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند
ابي يوسف رحمه الله تعالى والمراد بالقدر المشروط ما قدره العشر المشروط لان ذلك
تعيين المشروع فكان وجوده كعدمه وقال محمد يجب بالغا ما بلغ لا بينا في الشركة
ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه اجير ولو الاجر يجب بتسليم المنافع
كما في اجير الوحد فان في تسليم نفسه تسليم منافعه او بتسليم العمل كما في الاجير المشترك
وقد وجد ذلك وعن ابي يوسف لا يجب له شي اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربه الصحيحه
فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيا مع انها فوق الفاسده ففي الفاسدة اولى فان قيل
ما جواب وجه ظاهر الروايه عن هذا التعليل فانه قوي فان العقد الفاسد يوخذ حكمه
من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد اجيب بان الفاسد انما يعتبر بالجايز
اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجايز كالبيع وههنا المضاربه الصحيحه
تنعقد شركه لا اجاره والفاسده تنعقد اجاره فيعتبر بالاجاره الصحيحه في استحقاق
الاجر عند ايفا العمل ولو تلف المال في يده فلم يضمنه ضمنا عمل والمال في المضاربه الفاسده
غير مضمون بالهلاك لوجهين احدهما الاعتبار بالصحيح والثاني ان راس المال عين
استوجر المضارب ليعمل به وهو لا غيره فلا يضمن كاجير الوحد وهذا التعليل يشير الى
ان المضارب بمنزله اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يوجر نفسه في
ذلك الوقت لاخر لان العين الواحد لا يتصور ان يعمل فيها مستاجرين في زمان
كما لا يمكن اجير الوحد ان يوجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد وهذا قول
ابي جعفر الهندواني وقيل المذهب ههنا قول ابي حنيفه وعندهما يضمنه اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وبناه على ان المضارب
بمنزله الاجير المشترك لان له ان ياخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير

المشترك

المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند ابي حنيفه خلافا لهما قال الامام
الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه اخذ المال بحكم المضاربه
والمال في يد المضارب صحت او فسدت امانه لانه لما قصد ان يكون المال عنده
مضاربه فقد قصد ان يكون امينا وله ولايه جعله امينا ولما كان من الشروط ما
يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وبقي المضاربه صحيحه اراد ان يشير الى ذلك
بامر جملي فقال كل شرط يوجب جهاله في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه
او شرطا ان يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها او ارضه سنه ليزرعها
فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل
المشروط من الربح في مقابلة العمل واجر الدار والارض فكانت حصة العمل مجهوله
وغير ذلك من الشروط الفاسده لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعه
على رب المال او عليهما والوضيعه اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز ان يلزم غير رب المال
ولما لم يوجب الجهاله في الربح لم تفسد المضاربه فيبطل شرط العمل على رب المال لا يوجب
جهاله في الربح ولا يبطل في نفسه بل تفسد المضاربه كما سيجي فلم يكن الفاعده مطرده والجواب
انه قال ونحو ذلك والشروط الفاسده لا تفسدها اي المضاربة واذا شرط العمل
على رب المال فليس ذلك بمضاربه وسلب الشي عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم
ليس ببصير وقوله بعد هذا غلط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع
عن تحققه قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا بد ان يكون راس المال مسلما
الى المضارب ولا يد لرب المال فيه بتصرف او عمل لان المال امانه في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعه
وهذا بخلاف الشركه لان المال في المضاربه من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل
ليتمكن من التصرف فيه ويد المالك تمنع التخلص واما الشركه فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط
خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركه وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا
يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسوا كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير
اذا دفع وليه او وصيه ماله مضاربه وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابته له وبقاء يده
يمنع التسليم الى المضارب وكذلك احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربه
وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد الغير المالك

عمله مع المضارب فاما ان يكون من اهل المضاربه في ذلك المال او لا فان كان الاول كالاب والوصي
اذا دفعا مال الصغير مضاربه وشرط العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير
مضاربه فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جايزا وان كان الثاني كالماذون
يدفع المال مضاربه فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يده يد تصرف فانه في التصرف بمنزلة المالك فيما يرجع
الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربه قال واذا صحت المضاربه مطلقه
المراد بالمطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان بان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربه
ولم يزد على ذلك يجوز للمضارب ان يبيع نقدا ونسيه ويشتري ما بدا له من ساير التجارات
لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجاره فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها
ويصنع ما هو من صنيع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لانها من صنيعهم
ويسافر لان المسافره ايضا من صنيعهم ولفظ المضاربه مشتق من الضرب في الارض كما تقدم
فكيف يمنع عن ذلك وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفه انه ان دفع اليه
في بلد المضارب ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضروره وان دفع اليه
في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربه مع امكان
الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافره عند رجوعه الى وطنه وظاهر الروايه
ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافره يعني انها من صنيع التجار ولا يجوز للمضارب ان
يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشي لا يتضمن مثله ولا
يرد جواز اذن الماذون لعبده وجواز الكتابه للمكاتب والاجاره للمستاجر والاعاره
للمستعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل فانها امثاله لما نسخ وقد تضمنت امثالها لان المضاربه
تضمنت الامانه اولا والوكاله ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب
لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجي في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانها
دونه فيتضمنها وبخلاف الاقراض فانه لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه
التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبه والصدقه ولا يحصل
ما هو المقصود وهو الربح لانه لا يجوز الزياده على القرض اما الدفع مضاربه والشركه
والخلط بماله فمن صنيعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا القول يعني قوله اعمل برايك
فان قيل اذا كانت المضاربه من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعددت
جهة الجواز فينبغي ان يترجح على جهة العدم اجيب بان كلا من جهتي الجواز
صالحه للعليه فلا يترجح غيرها بها كما عرف وان خص رب المال التصرف في بلد بعينه

وا

او في سلعه بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شي معين يختص به وفي
التخصيص في بلد بعينه فايده من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وخيانة المفاوز
وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقه في مال المضاربه اذا لم يسافر
فصحت رعايتها توفيرا لما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يدفع من يخرجها من تلك
البلده لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد
فاشترى ضمن وكان المشترى له وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم
يشتر ورده الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفه ورجع
المال مضاربه على حاله لبقايه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربه
يدل على انها زالت واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه الروايه
وهي روايه الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشرا او الرهن خلافه واما
قال رجع بنا على شرف الزوال واما على روايه المبسوط فانها زالت زوال امره فيما علم انه صار
حيث ضمنه بنفس الاخراج واذا اشترى بعضه في المصر الذي عينه ولو خرج البعض
ولم يشتر به ورده الى الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربه لما قلنا
من البقا في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه فيه وبعض اخر في غيره فهو ضامن
لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربه
اذ ليس من ضروره صيرورته ضامنا لبعض المال انتقاض حكم المضاربه فيما بقي وفيه نظر
لان الصفقه متحده وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقه
موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد اشرنا الى اختلاف روايه الجامع الصغير
والمبسوط قال المصنف والصحيح ان بالشرا تتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر
الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشرا يعني في الجامع الصغير
للتقرر لا لاصل الوجوب ولهذا الخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفه حيث
لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعه واحده فلا يفيد التقييد الا اذا
صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولايه اليه وتوقف
بما لو قال لا تبع الا بالنسيه ولا تبع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا فجوابه
مبني على اصل وهو ان القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه

دون وجه فتنبع عند النهي الفرج ولغو عند السكوت عنه قال اولا للتخصيص ببلد سلعتهم وقد يعدم والثاني كقصور التقصي فان البيع نقدا بثمن كان ثم بالنسيئة خير لعدم الامكان التقييد مفيدا واما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محل ليس له ان يحفظ في غيرها وقد يختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفاء في البلد بان يكون في المصر فلا يشترط المحل فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولايه الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه قال

ومعنى التخصيص ذكر الفاظ تدل على التخصيص وبعد كلامه ومعنى التخصيص يحصل بان يقول لكذا ولذا بهذه الالفاظ والغرض من ذلك التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ان منه ستة منها يفيد التخصيص واثنان منها يحتملهما والضابط التمييز بالقيد التخصيص عن الاطلاق وهو ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربه كلاما لا يصح الابتدا به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو واذا اعقبه ما يصلح الابتدا به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على ان تعمل كذا او في مكان كذا او قال خذه تعمل به بالكوفة مجزوما ومرفوعا وكلام المصنف يحتملهما او قال فاعمل به بالكوفة او قال خذه بالنصف بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المصنف لان قوله تعمل بالرفع يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربه ما لا يصح الابتدا به حيث لا يصح ان يبتدا بقوله على ان تعمل كذا او بقوله تعمل بالكوفة او بغيرها وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على ان تعمل شرطا والمعتمد به معتبر ولهذا انه يفيد صيانة المال في المصر وقوله بعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربه وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء فيه للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق ويقتضي الصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو يكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربه بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو فهو به فقد اعقب ما لا يصح الابتدا به اما بغير الواو فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتدا به في غير كلام مستدا فيحمل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان انفع لك فلا يلزم واذا قال كما في قوله ادالي الفا وانت حر احيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربه على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيد الزياده

النقد

النقد به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي النهي عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري به من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فايدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفايدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا يعتبر بغيره قوله وهذا هو المراد عرفا لانهما يراد ذلك يعني عن المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاهل ان يكون شراؤه ممن كوفي لا من غيرهم سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقريره ان مقتضى اللفظ قد ترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يخص المعاملة في الصرف بشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل قوله ولذلك ان وقت للمضاربه معناه ان التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها كالمحلوف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد اخرى وذلك لا يتحقق في شرى القريب لعتقه فان العقد لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربه والوكالة فان الوكيل بشرى عبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشتر لي عبدا ابيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا اي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربه شرى ما لا يملك بالقبض كالخمر والشرى بالميتة لانتفاء التصرف فيه لتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل اي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربه لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن الصبي والعبد المحجور فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي

والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين ان يضمن المقبوض
من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال
المضاربة دينا عليه واما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما ان يكون في المال
ربح اولا فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال
لامتناع جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة او يعتق الكل عندهما على الاختلاف
المعروف في تجزي الاعتاق فيمتنع التصرف فيبطل المقصود وان اشترى ضمن مال المضاربة
لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة وان لم يكن في المال
ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف حيث لا شركة له فيه فان ازدادت
قيمتهم بعد الشراء اعتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا
لان ازدياد القيمة وملكه الزيادة اي نصيبه من الربح امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما
اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا واخا عتق نصيب
الزوج ولا يضمن لاخيها شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال
من العبد وهو راس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتبست ماليته عند
العبد فيسعى العبد فيه كما في الوراثة قال وان كان مع المضارب الف بالنصف

وان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت
بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء
رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن
المضارب شيئا وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب
دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار
فكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان
الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من اهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح
بان زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه اي الادعاء لم ينفذ لفقد
شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق براس
مال المضاربة اذا صار اعيانا كل واحد منهما يساوي راس المال كما لو اشترى
بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر
الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض

بوجهين

بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لراس المال فبقي الولد فينبغي لذلك وتعين
ان يكون الولد كله ربحا والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين
كل واحد منهما يساوي الفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك الربع جاز وسلمه صح واجيب عن الاول
بان تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها راس المال فان راس المال هو الدراهم ولعل الولد
بعث المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن احدهما اولى لذلك من الاخر فشغلا براس المال
وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة
واحدة واذا اعتبر احدهما حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد
يكون بقيمته على حاله لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة قولا واحدا وعندهما ايضا
في رواية كتاب المضاربة واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا
براس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام على مقدار راس المال فقد ظهر الربح ونفذ الدعوة السابقة
لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك
فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك
انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ
بعد ذلك بحدوث الملك واما ما نحن فيه فاخبار فجاز ان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقر
بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب
وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت
بالنسب والملك وهو اخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف
لآخرهما وجودا كمسئلة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا
وضمان العتاق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان تعين احد الامرين الاخرين من الاستسعاء
والاعتاق فان شاء استسعاه لاحتباس ماليته عنده نفسه وان شاء اعتق لكونه قابلا للعتق
فان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف
مستحق براس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار وقيل لم لا
يجعل الجارية راس المال والولد كله ربحا واجيب بان الواجب على الولد بالسعاية من
جنس راس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية
لراس المال انسب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية راس المال وقد عينت
بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس راس المال ثم اذا قبض رب
المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف الماخوذ من الولد لما استحق براس المال
لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب

نصيب رب المال منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي
صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن
لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية اخيه ثم مات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ اخر
فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف
فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله لانه عتقه بالنسب والملك
والملك لغيرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار
كالكسب والله اعلم

باب المضارب يضارب

مضاربة المضارب مركبة فاخرها عن المفرد وانما اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة
ولم ياذن له رب المال فروى الحسن عن ابي حنيفة انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني
حتى يربح فالموجب حصول الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف
ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح ثم رجع ابو يوسف وقال ضمن بالدفع
وبه قال زفر لان ما ملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره
ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان دفعه ايداع حقيقة
وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعا اي موقوفا ان عمل ضمن والا فلا
ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما
لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشراك
الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا
اي وجوب الضمان على الاول وعليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة
واطلق القول ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة او الثانية او كلتاهما جميعا
لم يضمن الاول لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل
اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم
اجيب بان المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط
للثاني من الربح مقدارا يجوز به المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح وماية
مثلا وللثاني نصفه قوله ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري يضمن الاول ولم يذكر الثاني فقيل
اختلفوا فيه فقال بعض المشايخ ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن
بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار ان ضمن الاول والثاني
في هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا
عنده لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني

بقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه حتى حصلت شركته في الربح
فجاز ان لا يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه
لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد اي بسببه
لانه عامل له اي للمضارب الاول كما في المودع واعترض بان كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل
فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول واجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب
الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في الابتدا مودع وعمل المودع
هو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز
ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما ح ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد لان
الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار وتصح المضاربة
الثانية والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا
يطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى
عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق قال فان دفع اليه رب المال
مضاربة بالنصف هذه المسائل الى اخرها ظاهر لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب لهما
ذلك اي للمضاربين الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقد بسبب
الامر لانه لو ابضع المال مع غيره او استعان برب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له
وان لم يعمل بنفسه وانما الغرم في ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال
لاخر هذا الطريق امن فسلكه ولم يكن امنا فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه

فصل

لما كان للمضاربة بعد ادخال عبد المضارب او رب المال حكم غير ما ذكره ذكره في فصل على حدة
قال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد
معه ولنفسه ثلثه فهو جائز فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئان عبد المضارب والاجنبي
وليس فيه ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان
يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة
جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول
والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح
انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على ان يعمل العبد معه احترازا عما
اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما ان يكون على العبد دين او لا فان لم يكن صح الشرط سوا
كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد
لما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد
شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول
ابي حنيفة رحمه الله لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر

تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة
اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به ولو كان عبد رب المال فالمشروط
لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرط ان يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صح لانه جائز
على ما شرط سواء كان على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا كان مأذونا
له واشتراط العمل اذن له ولهذا اي ولان للعبد يدا معتبرة لا يملك المولى ولاية اخذ ما اودعه العبد
وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا لا يجوز بيع المولى من عبده
المأذون يعني اذا كان مديونا على ما سيجيء واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم
والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت
المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى
اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد المأذون
الى اخره ظاهر

فصل في العزل والقسمة

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الامر الى ذكر الحكم
الذي يوجد بعدها وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل قال واذا مات
رب المال او المضارب بطلت المضاربة اذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل
وبموت الموكل يبطل الوكالة ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال من بعد لو كان اذا
هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده
بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا
لا نعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه
لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل
والجواب عن ذلك كله سيأتي واذا ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب
بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء او بعده فكانت المضاربة
كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعده فلحوق المضارب
كالموت حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة رحمه الله لان المضارب
متصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له
ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع
ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما
شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالاهلية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة
تبتني صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الورثة ولا توقف في ملك رب المال لعدم
تعلقهم به فبقيت المضاربة خلا ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال
في قول ابي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضي من ماله ولا تصرف له فيه فكان

كالصبي

كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء ففي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله في التصرف بعد
الردة كهي قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال قال ولو عزل رب المال المضارب
اي اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل
قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا او نسيئة
حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه ولان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر
بالقسمة والقسمة تبتني على راس المال تمييزه وراس المال انما ينض اي يتيسر ويحصل بالبيع
ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال
وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل عزله وراس المال دراهم او دنانير فقد نضت فلم
يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك
الاعمال قال المصنف رحمه الله هذا الذي ذكر اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان
دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعه بجنس راس المال استحسانا لان
الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض قوله وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل
الحكمي كالقصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم
عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين واذا افترقا وفي المال ديون
وقد ربح المضارب فيه اجبر الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير واجره الربح وان لم يربح لم
يجبر على ذلك لانه وكيل محض متبرع والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به فان قيل
رد راس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب
الا به فهو واجب واجيب بانا لا نسلم ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع
يقال له وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فقد ازال يده ولا بد له من ذلك لان حقوق
العقد ترجع اليه فان لم يوكل يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير قال له احل مكان قوله
وكل والمراد به الوكالة فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروف وهو اشتمالها على النقل
وانما فسر بذلك لان احل ربما يوهم ان راس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى
هذا سائر الوكالات يعني الوكيل اذا باع والوكيل لم يعمل له وكل الموكل بالاقتضاء واما البياع
والسمسار وهو الذي يعمل للغير بيعا وشراء فانه يجبران على التقاضي لانهما يعملان بالاجر
عادة واذا وصل اليه اجر اجبر على اتمام عمله والمستجار له فلا يخلو عن فساد لانه اذا استوجر
على شراء شيء بعد استوجر على الاستقاء به لان الشراء لا يتم الا بعد البائع على تعيبه

وقد لا يساعده وقد يتم بكله وقد لا يتم بعد كلها فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك
ان يامر بالبيع والشراء ولم يشترط له لعوا منكوس وكيلا معينا له بم اذا فرغ من عمله عوضه
باجر المثل هكذا روي عن ابي يوسف ومحمد قال وما هلك من مال المضاربه فهو من الربح
والاصل في هذا ان الربح لا يتبين قبل وصول راس المال الى رب المال قال صلى الله عليه
مثل المومن كمثل التاجر لا يسلم ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك المومن لا يسلم له نوافله حتى
يسلم له عزائمه او قال فرايضه ولان راس المال اصل والربح تبع ولا عبرة بالتبع قبل حصول الاصل
فمتى هلك منه شي اسكل من التبع فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه امين وان اقتسما
تراد الان القسمه تفيد ملكا موقوفا ان بقي ما اعد لراس المال الى وقت الفسخ كان ما اخذه
كل منه ملكا له وان هلك بطلت القسمه وتبين ان المقسوم راس المال فصل فيما يفعله
المضارب ذكر في هذا الفصل ما لم يذكر في اول المضاربه من افعال المضاربه زيادة للافاده
وتنبيها على مقصوده افعال المضاربه بالاعادة قال ويجوز للمضارب ما كان من صنيع
التجار ولذا اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب والا فلا فجاز للمضارب ان يبيع بالنقد
والنسيه لانه من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهايه بان باع الى عشر سنين
لخروجه من صنيع التجار ولهذا كان له ان يشتري دابه للركوب وليس له ان يشتري
سفينه للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخص كان له
شرا السفينه والدواب اذا اشترطها للحمل عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك للركوب مطلقا
لا يجوز واما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه ولم يشترطها اي السفينه والدواب
لعتبار العادة التجار فانه اذا اشترطها لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجاره
في الطعام وله ان ياذن لعبيد المضاربه في التجاره في الروايه المشهوره لكونه من صنيعهم
وقيد بالمشهوره لان ابن رستم روى عن محمد انه لا يملك الاذن في التجاره لانه بمنزلة الدفع
مضاربه والفرق بينهما ان المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع بنقد ثم اخر الثمن
جاز بالاجماع اما عند ابي حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعموم ولايته
لكونه شريكا في الربح او بعرضيه ذلك الا ان الوكيل يضمن كالعدم والمضارب لا يضمن
لان له ان يقابل العقد ثم يبيع بنسيه لانه من صنيع التجار فجعل تاجيله بمنزلة الاقالة
والبيع نسيه ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيه
بعدما باع نقدا لانه وكالته واما عند ابي يوسف فلان المضارب يملك الاقاله والبيع

كما

كما اذا وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحواله جاز سوا كان الايسر من المشتري
او اعسر منه لما ذكرنا انه لو اقال العقد مع الاول ثم باعه منه على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحواله
ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد ولم يكن المحال عليه
الايسر فكذا الاصل فيما يفعله المضارب انواعه الثلاثه وهو ظاهر قال ولا يزوج عبدا ولا
امه من مال المضاربه لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف
تزويج الامه لانه جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقه والجواب انه ليس بتجاره
ولذا كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال قال لا يدخل تحت المضاربه قال فان دفع
شي من مال المضاربه لرب المال فان دفع الى رب المال شيا من مال المضاربه بضاعة
فاشترى به رب المال وباع لم يبطل المضاربه خلافا لزفر قال رب المال تصرف في مال نفسه بغير
توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتدا ولنا ان الواجب
هو التخليه وقد تمت وصار التصرف حقا للمضارب وله ان يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع
توكيل لانه استعانه والماصح استعانة المضارب بالاجنبي فبرب المال اولى لكونه اشفق على المال
فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتدا لانه يمنع التخليه فان قيل رب المال لا يصلح
وكيلا لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله اجيب بان رب المال
بعد التخليه صار كالاجنبي عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك لصح المضاربه مع رب المال
اجاب بقوله بخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربه حيث لا يصح لان المضاربه تنعقد
على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه ادى الى قلب الموضوع ولهذا بل لزم بقول ان المال
اما لم يصير بالتخليه كالاجنبي اولا فان كان الاول جازت المضاربه وان كان الثاني لم يجز الابضاع
فالقياس شمول الجواز او عدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربه قلنا ممنوع
لان المضاربه تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعه فانها توكيل على امر ولبس المال
من لوازمه فان الوكيل قد يجوز ان يوكل وليس المال له واذا لم يصح المضاربه الثانيه بقي عمل رب المال
بامر المضارب فلا يبطل به المضاربه الاولى وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال
حيث قال شي من مال المضاربه وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح
في الذخيره والمبسوط وقيد بدفع المضارب لان رب المال ان اخذ مال المضاربه من بيت المضارب
بغير امره وباع واشترى فان كان راس المال نقدا انتقض المضاربه اذ لا استعانه والمضارب
لم يوجد حيث لا حق له فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورته ذلك انتقاض المضاربه

وان صار راس المال عرضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان راس المال عرضا لم يعمل فهذا اولى

قال واذا عمل المضارب في المصر ه فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة من
مال المضاربة لما ذكر من الاحتباس في السفر دون ذلك واضح والقياس ان لا يستوجب
النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل او المستبضع عامل لغيره بامره او بمنزلة
الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احدهما النفقة في المال الذي يعمل فيه الا انا تركناه
فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير
بانه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستاجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق واما
المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فقد يحصل وقد لا يحصل فلو انفق من ماله تضرر
وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ شيئا للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي بعده شيء منه
رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا افضل بعده شيء من النفقة بعد الرجوع وحد
الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك
فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما
يصرف الى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شرا او كرا اكل ذلك بالمعروف
والحق بذلك ما كان من معدات تثمير المال كغسل الثياب واجر الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة
والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا في حوائجه
يعد من الصعاليك ويعامل قليلا فصار رعاية تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدوا
يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكر في الكتاب

قال واذا ربح اخذ رب المال ه يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح اخذ رب المال
راس ماله كاملا لان النفقة تنصرف في الربح دون راس المال فاذا استوفاه كان ما بقي
بينهما على ما شرطا فان باع المضارب المتاع بعد ما انفق مرابحة حسب ما انفق على
المتاع من الحملان ونحوه كاجر السمسار والصباغ والقصار ولا يحتسب ما انفق على نفسه
لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها
بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانه على رب المال وهذا المثال
لا ينتظم كلا مرنا وانما ذكره بعد ما مر تمهيدا لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ
فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد عند ابي حنيفة رحمه الله لان الصبغ عين قائم بالثوب
فكان شريكا خلطه له بمال المضاربة وقوله اعمل برايك يشمله فاذا بيع الثوب كان للمضارب
حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة
الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى به المضارب

الثوب

الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصارة بفتح القاف
والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فان زاد القيمة به ضاع
فعله وكان للمالك ان ياخذ ثوبه مجانا واذا صبغ الثوب المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين ان
يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين ان يضمنه جميع قيمة الثوب ابيض
يوم صبغه ويترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالا منه فان قيل
المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما
اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط والصبغ اختلاط ماله
بمال المضاربة فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون
ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ماذونا رجع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب
لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يرجع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له
ولاية ذلك فصل اخر هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة

قال فان كان معه الف ه ما ذكره المصنف واضح ومبناه على اصل وهو لزوم ضمان رب المال
للبائع بسبب هلاك مال المضاربة بعد تمامه فان المضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا فضمان
المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ما ذكر فخر الاسلام رحمه الله في رجل دفع الى رجل الف درهم
مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا باعه بالفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة
فاذا اشترى جارية بالالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة ارباعه لرب المال فاذا هلك
الثمن كان غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك
ربع الجارية لانه اشترى واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب امين
فيكون الضمان منافيا لها ولو انفسخ نصيبه على المضاربة لابطال ما غرم لانه لا يصلح ان يجعل ذلك راس المال
فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية باربعة الاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف
وبقيت ثلاثة الاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال بلا م المضاربة ولا ينصرف ما يخرج بل يلحق
براس المال واذا كان كذلك كان راس المال في ذلك الفين وخمسمائة والحكم ان ربح بينهما نصفين
قوله ولو كان معه الف فعقده واضح وقوله لتغاير المقاصد لان مقصود رب المال وصوله الى الالف
البيضاء
بيع نقد العقد ومقصود المضارب استفادة العبد وقوله لان فيه شبهة العدم اي عدم الجواز
لانه لم يزل بيع ملك رب المال عبده لان من ملكه ولم يستفد به ما لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة
في المرابحة فاعتبر اقل الثمنين وهو خمسمائة لثبوته بكل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه فالنظر

الى انه مع ما له عالم مولده فان كان معه الف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته الفان فقتل العبد
رجلا خطا كان الدفع والفدا اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه
فثلثة ارباع الفدا على رب المال وربعه على المضارب لان الفدا مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان
الملك بينهما ارباعا لان راس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا اعتق الربع
ان كان العبد فرسه والف هو راس المال وقيد العين بالوصف احترازا عما اذا كان عينين
فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب
فلما بيناه انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة ومال المضاربة امانة واما نصيب رب المال فلقضاء
القاضي بانقسام الفدا عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالفدا ما يخصه
والمضاربة تنافي القسمة بخلاف ما تقدم يعني به ما اذا ضاع الالفان في المسئلة المتقدمة
حيث لا تنافي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد والدفع والفدا
ليس بالخيار حتى يكون عليه وقوله لان العبد كالزائل لانه استحق بالجناية والمستحق بها
بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك فدفع الفدا كانه ابتدا الشرا فيكون العبد بينهما
ارباعا خارجا عن المضاربة بخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم يريد به
ما تقدم في المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ضاع الالفان فان العبد فيها على المضاربة فان كان
معه الف فاشترى بها عبدا وهلكت قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال
بدل الثمن ويكون راس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده امانة وقد هلك ولقي عليه الثمن
دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وما لا يقضي ثانيا
كانت في المضارب مستوفيا لان الاستيفا انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب
ليس بمضمون بل هو امانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع
على رب المال مرة بعد اخرى لان ليسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البائع بخلاف
الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشرا وهلك بعد الشرا فانه لا يرجع الا مرة واحدة
لانه امكن ان يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع
المغصوب فانه يصير وكيلا ولا يبرا عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب
الضمان ولم يعتبر امينا وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد وقد تقدم على قبض الامانة
فيجوز ان يعتبر اجتماعهما وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة والاجماع صلاحيته
لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب الف فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل راس المال
المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما نفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعا
للتحكم وبان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن
ان يجاب عنه بان مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا فقد ثبت بدفع مرضه

اي بعض جواز
اجتماعهما نصوص
[illegible]

لو

عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الوكيل اذا رجع عليه بالف اخرى اصلا فاما ههنا فحق رب المال
لا يضيع لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح وعلة الاستيفا بقبض المضارب فاختر ما اصول الامر من
بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البايع فيصير له بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الفا
الى اخره لم يثبت فيه رواية يحوج الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق بينهما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل
وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع اصلا وكلامه فيه واضح

فصل في الاختلاف اخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وما هو حق الرتبة بعد الاتفاق لانه
الاصل المسلم قال وان كان مع المضارب الفان هذا اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار
راس المال مثل ان يقول المضارب ومعه الفان دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال بل دفعت اليك
الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب
يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
فالقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض واذا كان
في مقدار الربح مع ذلك اي مع الاختلاف في راس المال مثل ان يقول رب المال راس المال الفان
والمشروط لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف والمشروط نصفه فالقول فيه اي في الربح لرب المال
يعني وفي راس المال للمضارب كما كان الامر في راس المال لما مر من الدليل واما في الربح فلان الربح يستحق
بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيدك بضاعة كان القول له
فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من
الفضل في راس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان
في يد رجل الف فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت الفا وقال
فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح او شرطا من جهته
بقطعه من الربح او الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة عندك
او وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا
وان اتفقا على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب
لانها تثبت التمليك ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لانها بينة
على الاخذ بالاذن ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال ان اقاماها
لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما
اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل انكاره ذكره
نهيا له عن العموم وله ان ينهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فههنا اولى وان كان
بعده ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه

فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط ليل انه لو قال خذ
هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد
الا بالتنصيص على ما يوجبه التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعي العموم متمسكا بالاصل فكان
القول له ولو كان ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد
من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة
واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي ودفع بان الاخذ يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب
بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما
يدعيه من المخالفة هو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر فلا يحتاج الى بينة ولو وقت البينتان
وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان الشرط الثاني ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا على السواء
او وقتت احديهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب
لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما يعمل ببينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله اعلم

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول الاقرار لم ذكر
بعدها العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة
بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك
المنفعة بعوض وهي اعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم اقوى واعلى ما ليس بلازم ومن محاسنها
اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله واستحقاقه الاجر والثناء على ذلك وسببها
تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا وشرعيتها بقوله تعالى
ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها باطلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة
بها لانها تترك بيد امين وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها اودعتك هذا المال
او ما قام مقامه فعلا كان او قولا والقبول من المودع حقيقة او عرفا فان وضع ثوبه بين يدي
رجل ولم يقل هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم ذهب الاخر وترك الثوب ثمة فضاع
كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع
عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد عليه غير متصور فايداع الطير في الهواء والعبد
الابق غير صحيح وحكمها كون المال امانة عنده قال الوديعة امانة في يد المودع
قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم
من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك
جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم
ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والغلول والاغلال الخيانة

الا ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب الحديث انه قول شريح
ليس بحديث مرفوع واجيب بانه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولان بالناس
حاجة الناس اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح وللمودع ان يحفظها
بنفسه وبمن في عياله قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقته فحسب فان المراة اذا اودعت
عندها شيء جاز لها ان تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الاب
في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط ان لا يعلم من في عياله الخيانة فان علم بذلك وحفظها فيهم ضمن
وهذا اذا لم ينهه عن الدفع اليهم لان الظاهر ان يلتزم حفظها لغيره على الوجه الذي يحفظ ماله بنفسه
وهو انما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط
فانه روي عن محمد رحمه الله ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله او دفع الى امين
من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله انه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك
وقوله ولانه دليل اخر على ذلك وهو انه اي المودع لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة
بيته لا محالة ولا استصحاب الوديعة عنده في وجه وهذا معلوم للمودع فيكون راضيا به فان حفظها
بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله او اودعها غيرهم بان نقلها من بيته واودعها عند
غيره فيكون المالك غير رضي بيد غيره والحال ان الايدي تختلف في الامانة وفيه مناقضة لقوله لان
الظاهر انه يلتزم حفظها لغيره على الوجه الذي يحفظ ماله بنفسه لان المودع يجوز له ان يستودع ماله عند غيره
فينبغي ان يملك ايداع الوديعة ايضا وخطأ وظاهر لان قوله الظاهر انه يلتزم حفظها لغيره لا يدل
على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ ولان الشيء لا يتضمن مثله وقد تقدم ما يرد عليه
من النقض بالمستعير والعبد الماذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب
في مكانه ولا باس بذكره ههنا اجمالا وهو ان المستعير مالك للمنفعة والماذون يتصرف بحكم المالكية
وكذلك المكاتب فملكوا ذلك تضمنه التمليك والوضع في حرز الغير ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا
استاجره فيكون حافظا بحرز نفسه قوله الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم
فمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره او الالقاء الى سفينة لانه طريق الحفظ فيكون مرضي المالك
ولا يضمن لكنه متهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو
التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم انه وقع
الحريق في بيته قبل قوله بلا بينة قال فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها
اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدي
هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع واذا طلبها لم يرض بتعذر ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامنا
والخلط الذي لا يتميز تعد موجب الضمان ويقطع الشركة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان
خلطها بالجنس شركه ان شاء كخلط الدراهم البيض بمثلها او السود بمثلها والحنطة بالحنطة

والشعير بالشعير لا لتعذر الوصول الى حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك
من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء ولابي حنيفة انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه
وهذا مسلم عند الخصم وقولهما امكنه معنى غير صحيح لانه بالقسمة وهي من احكام الشركة فلا تصلح موجبة لها
لئلا ينقلب المعلول علة ولو ابرأ المالك الخالط سقط حقه عن الدراهم المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين
وقد اسقطه وعندهما يسقط خيار الضمان لتعين الدين لصرف الابراء اليه فيتعين الشركة في المخلوط
وان خلط بغير الجنس كخلط الحل بالمهملة وهو دهن السمسم بزيت الزيتون صار مستهلكا
كمذهب ابي حنيفة فيوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة وهو ظاهر
ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان القسمة افراز وذلك انما يكون عند
اتحاد الجنس ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح
وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة
فكان على الاختلاف المذكور لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز صورة ومعنى ولو خلط
المائع بجنسه اوجب الضمان عنده لما ذكرنا من الاستهلاك وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر
فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويغرم لصاحب القليل اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال
اي سواء كان الخلط بالقليل او بغيره لان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما مر في الرضاع اذا حلب لبن
امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد رحمه الله ونظيره خلط
الدراهم بمثلها اذابة لصيرورته مائعا بالاذابة وان اختلطت اي الوديعة بمال المودع من غير فعله كما لو انشق
الكيسان فاختلطا صار شريكا لانه لم يصنع شيئا يوجب الضمان وهذا بالاتفاق فان هلك
البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق
المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك بالانفاق والبعض بالخلط
لانه لما انفق فاحصل الرد مفيضا الاخلاط لعدم تعذر التمييز لانه غير متميز من صاحبه ولو لم يرد
ما انفق كان ضامنا لما انفق دون ما لم ينفق لانه حفظه فيه وما انفق لم يتعيب الباقي فان هذا
مما لا يضره التبعيض اذ الكلام فيه ولو اراد ان ينفق ثم بدا له فرده الى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه
لان اخذه لم ينافي الحفظ ومجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل
قال واذا تعدى المودع في الوديعة واذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة
او لبس الثوب او استخدم العبد او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان
وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة
لكونها امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الاخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد
على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ
على وجه الامانة ولم يرتفع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة
بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها وهي تندفع بانتهائه اذا انتهت المخالفة

باقيه

باقيه فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بان الامر باق فيكون
مأمورا به وأم الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان
برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود واجيب بانا لا نسلم ان المخالفة فيه رد له من الاصل لان
بطلان الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة
لابطال الايداع ولا بما ينافيه الامر لان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب
اودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون ردا للقول مثله الا ترى
ان الجحود في اوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة او صوم مأمور به ليست برد ولهذا
لا يكفر بها قوله كما اذا استأجر تنظير لتسليم الوديعة بالاستئجار فان المخالفة بترك الحفظ في بعض اوقات
كونها وديعة فصار كما اذا استأجر للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد للحفظ في الباقي فانه
ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه امينا واعترض بان هذا التنظير غير مستقيم
لان بقاء كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة عقد لازم فلا ينفرد برده بخلاف ما نحن فيه واجيب
بان العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء لان الاجارة والعارية
والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة
والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا
لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله فيحصل الرد الى نائب المالك جواب عن قوله فلا يبرأ
الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد حصل الرد
الى نائب المالك وقوله فان طلبها صاحبها الى آخره ظاهر وقوله ولو جحدها عند غير صاحبها كان قال له رجل
ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة لا يضمنها عند ابي يوسف وكذا لو جحدها عند
صاحبها من غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة
خلافا لزفر وانما ذكر خلافه فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان
هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فذكر لذلك وجه قول زفر
ان الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك او لا كالاتلاف حقيقة ووجه قول ابي يوسف ما ذكره انه
من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين قال وللمودع ان يسافر بالوديعة اي للمودع
ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة اذا كان الطريق امنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق
واذا كان امينا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن ويسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن
لانه امكنه تركها مع اهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة

وقد يعدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند ابي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد فرسا كان او بعيدا
وقالا ليس له ذلك في الوجهين اي سواء كان له حمل ومؤنة اولا لابي حنيفة رحمه الله
اطلاق الامر لان الامر انما هو بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان وقيل سلمنا ان
اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفاوز ليس محل الحفظ اجاب بقوله
والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا اي ولكون المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي
المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مظنونا لما جاز لهما ذلك قيل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي
للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة بطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة
فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا واجيب بانه توضيح لا استدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح
لان ولايتهما على مال الصبي نظرية واولى وجوه النظر صيانته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف
لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما انه يلزمه مؤنة الرد اذ كان المودع يجوز ان يموت في بعض سفره
فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به ولكن ابا يوسف حمل السفر القريب عفوا اقتصارا
على القبض اليسير في التجارات والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ
بالاجر فانه اذا استأجر رجلا ليحفظ له فانه لا يملك السفر بذلك المال ولئن سافر ضمن قوله
قلنا مؤنة الرد جواب عن قولهما وتقريره سلمنا ان المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل
من حيث ضرورة امتثال المودع امره فانه امر مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى
المالك فلا يبالى به وقوله والمعتاد كونهم في المصر جواب عن الشافعي يعني ان المعتاد كون المودعين
وقت الايداع في المصر لا حفظهم فان من كان في المفازة يحفظه فيها ولا ينقله الى الامصار بخلاف
الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة يقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المالك ان يخرج
بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال
واذا اودع رجلان عند رجل وديعة اذا تقدم المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في
غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقون وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك
قسمة على الغائب حتى لو ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب ان يشارك القابض فيما قبض
وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعها على ان المراد بموضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري
من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد الخلاف
فيما يقسم وفيما لا يقسم قال في الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة
من الثياب والدواب والعبيد لم يكن لاحدهما ان يطلب نصيبه بالاجماع وحكاية الكافي ... المسلم
لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيجبر على الدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه

وهو النصف ومن طالب ما سلم لم يمنع عنه ولهذا كان له ان ياخذه ولو كان في يد المودع بالاتفاق
ولابي حنيفة لا نسلم انه طالبه بتسليم نصيبه بل يدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس
فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة
لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه
بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون
متصرف في مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يجبر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب
له عليه ذلك والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك
يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون
تقضى بامثالها والاشتراك في الديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة قوله لان له ان ياخذه
جواب عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه وتقريره ان الجواز لا يستلزم ان يجبر المودع على
الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له الف درهم
وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اي لغريم المودع بالكسر ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع
ان يدفع اليه قوله وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم المقسوم هو الذي لا ينتقص بالتفريق الحسي
كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما ينتقص به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطشت وكلامه
ظاهر وقال في المبسوط قول ابي حنيفة اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد
فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما للكل واذا قال صاحب الوديعة للمودع
لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية
الجامع الصغير حيث قال اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن
كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه او كانت شيئا يحفظ على ايدي النساء فنهاه عن الدفع الى
امرأته وهذا معنى قوله وهو محمل الاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب
مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان واذا لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن العمل به كان ... فيلغو
وعلى هذا اذا نهاه عن الدفع الى امرأته وله امرأة اخرى امينة او عن الحفظ في الدار وله اخرى ... او عن
الحفظ في الدار وله اخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهاه عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس
في الذي نهى عنه عورة ظاهرة او نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها او عن الحفظ في دار
وليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير ممكن العمل به قال ومن
اودع رجلا وديعة اذا اودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله ويخرج
... المال في ... شيئا عنده لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا
بالتسليم الى الثاني والثاني متعد بقبضه منه والقابض من الغاصب ضمين كمودع الغاصب غير انه
ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول

لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة رحمه الله انه قبض المال من يد امين لانه
بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظه بحضرة رايه وتدبيره لان من حفظ
بصوره بيده ولهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم
يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعديهما فاذا فارقه فقد ترك
الحفظ الملتزم فيضمنه واما الثاني فيستمر على الحالة الاولى وهو القبض من امين اذ لم يوجد
منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره واذا كان في يد رجل
الف فادعى رجلان كل واحد منهما انها له اودعها الى اخره ظاهر سوى الفاظ نذكرها
قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعي الفا قوله ولو نكل اعني الثاني اي بعد ما حلف
للاول قوله ولا يقضي بالنكول يعني للاول لان الثاني ربما يقول انما نكلت لانك بدات
بالاستحلاف قبل القطع الخصومة بينهما قوله فينكشف وجه القضاء بانه يقضي بالالف للاول
او الثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف
بينهما فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه قوله لانه لان المودع المنكر اوجب الحق لكل واحد
منهما ببذله عند ابي حنيفة وباقراره عندهما ولو قضى للاول حين نكل قال الامام علي البزدوي
في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق
لان القاضي قدمه اما باختيار او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا احلف
للثاني ما ذا حكمه وقال ... في شرح الجامع الصغير ان حلف يقضي بنكوله للاول
وقوله لكونه اقرارا اي لكون النكول اقرارا دلالة وقوله فانه هذا العبد لي يعني لا يقتصر على لفظ
العبد بل يقول والله ما قيمته لانه لما اقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره به للثاني
لانه لا يملك دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله نكل اي الحالف فيحلف عند محمد ... لان المودع
اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء للغير يضمنها عند محمد خلافا لابي يوسف كما اذا اقر بالوديعة
لانسان ثم قال اخطات بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها للاول لان اقراره صحيح
ورجوعه بعده باطل ويضمن للاخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار متلفا على الثاني
لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها ولهذا اذا دفعها للاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء
فكذلك في قول محمد خلافا لابي يوسف لان مجرد اقراره لم يفوت على احد شيئا وانما الفوات
بالدفع للاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد انه سلط القاضي على القضاء بها للاول
باقراره وقد اقر انه مودع للثاني والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا والله اعلم

كتاب العارية

تعريفات ذكرت في المطولات فلنذكر وجه مناسبة هذا
الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب
فكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في
تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع
بملك الغير قيل وهو قول الشافعي قال لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة

والنهي

والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره وكل من ذلك يدل على انها اباحة اما الاول فلان
التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة واما الثاني فلان التمليك يقتضي ان تكون المنافع معلومة لان تمليك
المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا للمجهول واما الثالث
فلان المعير يملك النهي عن الاستعارة ولو كان تمليكا لما ملكه كالاجارة لا يملك نهي المستاجر عن الانتفاع
واما الرابع فلان المستاجر يجوز له ان يؤجر المستاجر لتملكه المنافع فلو كانت العارية تمليكا لجاز له
ذلك كما في الاجارة والهبة وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية
وهي العطية وهي انما تكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك منفعة داري
هذه شهرا او ما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك
اجاب بقوله والمنافع قابلة للملك كالاعيان وبنى على ذلك قوله والتمليك نوعان بعوض وبغير
عوض وذلك ظاهر لا نزاع فيه ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة وفيه
من اوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبل لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع
والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن
واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح
لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه
والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعها اصول الفقه والثالث ان من شرط القياس
ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن ان يجاب عنها
بان هذا التعريف ان لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكره في بيانه يحمل على بيان المناسبة لا استدلالا
على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص تعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية
وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا
فالحمل عليه اولى قوله وبلفظ الاباحة جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه ان
ذلك مجاز لان الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تمليكا قوله والجهالة جواب عن قوله
ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك
لعدم اللزوم ووجه لزوم الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة قوله
والنهي منع عن التحصيل جواب عن قوله ولذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار
انه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها
بعد ولذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير اي وقت شاء كما في الهبة وقوله
ولا يملك الاجارة جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر كما سيجيء وهذا
ما يتعلق بتفسيرها او حكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد

المحتاج اليه المدين لطيبه وهي عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم
دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجولة على تفسيرها لشدة تعلق العقد به قال
وتصح بقوله اعرتك هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي
حقيقة في عقد العارية واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه اي مجاز فيه وفي عبارته نظر لانه
اذا اراد بقوله فيه انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول
فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والاخر مجاز فاشار الى
الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الاخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب اي اعطيتك المنحة وهي
الناقة او الشاة تعطى الرجل الرجل ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل
في كل من اعطى شيئا منح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله هذا الهبة لانهما لتمليك
العين عرفا وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا اي مجازا من حيث العرف العام
واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في الاستخدام وهو العارية وداري لك سكنى لان معناها
سكناها لك وهي العارية وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله
سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك
المنفعة فاذا ميز تعلقت المنفعة محل الكلام عليه اي على تمليك المنافع بدلالة آخره وحمل المحتمل على المحكم
وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة
الاسناد الى الظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة
في ان العارية يتحقق الرد ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد
لم يتصل به القبض وهو لا يملك لا به فصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت
من غير تعد لم يضمن هذا ان هلكت العارية فان كان بتحميل الدابة ما لا يحمله مثلها او استعمالها
استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب وجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال
الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة
فان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة نفسه وقوله لا عن استحقاق اي لا عن استيجاب
قبض بحيث لا ينقضه الا فيدون رضاه احتراز عن الاجارة فان المستاجر يقبض المستاجر
بحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه فكان مثل قبض باذن ومثله لا يوجب
الضمان اجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر
بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم يظهر
فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني
مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشرا فانه وان كان
باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذ ليس كذلك فهذا ولنا

ان

لان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني ان الضمان اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن
وليس شيء من ذلك موجب له اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن
التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع
لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا
وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن
المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه قوله والاذن جواب عن قوله والاذن
ثبت ضرورة الانتفاع يعني انه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين
وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا ضرورة الانتفاع لكن القبض
ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه وقوله وانما وجب الرد مؤنته جواب
عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد لا يدل على انه مضمون لانه وجب
مؤنة القبض انما على المستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل
على ان القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب
لنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجد الرد وجب الضمان وقوله والمقبوض على سوم الشراء
جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشرا وتقريره انه ليس مضمونا بالقبض
بل بالعقد لان الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالماخوذ بالعقد وهو موجب للضمان
فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد هنا اجيب بان العقد
وان كان بعد وما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك
لم يرض بخروجه عن ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشرا وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة
نظرا له الا ان الاصل في العقود موافقة لكونها مثلا كاملا وانما تصار الى التقدير عند وجود
العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله على ما عرف في موضعه يشير به الى طريقة
الخلاف وقيل باب الاجارات من المبسوط قال وليس للمستعير ان يواجر
ما استعاره وليس للمستعير ان يواجر المستعار لاحد الوجهين احدهما
ان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون
لازما او غير لازم ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد
لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع واما الاول فلانه يلزم تسليط الغير من مقتضيات
عقد العارية فلا تقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة
لازما وهو ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناها واذا كانت

ما طلم كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستاجر لانه قبضه لنفسه
بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستاجر
لانه ظهر انه ملكه نفسه وان ضمن المستاجر رجع على الموجر اذا لم يعلم لكونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور
بخلاف ما اذا علم. وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام
والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له ان يعير لانه اباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك
الاباحة وهذا لان الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت
موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا انها
تمليك المنافع على ما مر فيتملك مثله كالموصى له بالخدمة جاز ان يعير لتملكه المنفعة قوله والمنافع اعتبرت
قابلة جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها
تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه فان قيل
لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا
يختلف كالمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر
عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال وهذا اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير
اذا صدرت الاعارة مطلقة موجب ان بيان اقسامها قال وهي على اربعة اوجه وهي
قسمة عقلية احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني ان تكون مقيدة فيهما والثالث
ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول ان
ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له ان يجاوز فيه
ما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك كمن استعار دابة ليحمل عليها
قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة لغيره او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا
استحسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر
الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه ووجه الاستحسان
انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة
من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وفي الثالث والرابع ليس له
ان يتعدى ما سماه من الوقت والنوع وعلى هذا فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل
ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما
اطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له ان يركب غيره وبالعكس
كذلك فلو فعله ضمن لتعين الركوب في الاول والاركاب في الثاني وهذا الذي ذكره اختيار
فخر الاسلام وقال ليس له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام رحمهم الله قال وعارية الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون قرض لانه اذا استعار الدراهم يقال له اترك دراهمك هذه كان
بمنزلة ان تقول اقرضتك ولذلك قال مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك المنفعة

ولا

الا باستهلاك عينها فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة او القرض والقرض
ادناهما لكونه متيقنا به فصل لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضررا
فهو الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل
مقامه قال المشايخ هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او
يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار انية ليتجمل بها او سيفا
محلى ليتقلد به قال عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذي يقاس به غيره
ويسوى اذا استعار ارضا للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس
اما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلما بينا يعني
به قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة واما التكليف
فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم المعير اما ان وقت العارية
او لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق
العقد وظن انه يتركها في يده مدة طويلة من غير ان يسبق منه الوعد وضمن المعير ما نقص البناء
والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع
على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة
كما مر والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس
ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها
في يدك الى مدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك بقرينة حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على
الفائدة ما امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فائدة لذكر الوقت
وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم تكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى
المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير
مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بثمانية كذا ذكره القدوري يريد به ضمان ما نقص
وذكر الحاكم الشهيد ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعها
ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا يعني المشايخ اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار لرب الارض
لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل فقيل معنى كلامه هذا اي ما قال القدوري
ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا لحق فالخيار
في الاتلاف مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان لصاحب الارض وهو ظاهر ويجوز ان يتعلق
بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما يتمكن من القلع وترك الضمان اذا لم يتضرر الارض
بالقلع واما اذا تضررت فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه

ان وقت

لرب الارض

حتى يحصد الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت او لم يوقت لان للزرع نهاية
معلومة ومن الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر لم يفت منفعة الارض مجانا ولا زرع الاخر
بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال ولو رد العارية
على المستعير اجرة رد العارية على المستعير واجرة رد العين المستاجرة على المؤجر وذلك لان الاجرة مؤنة
الرد فمن وجب عليه الرد وجب اجرة في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم
بازاء الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستاجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة
قبضه سالمة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين
المستاجرة لان منفعة الاجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متبوعا اولى من المنفعة
وعلى هذا كان اجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فيكون
المؤنة عليه ومن استعار دابة وردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس يضمن لانه
تضييع لا رد وصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب
على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره
ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا
ليس في غيرها وهو رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت فانه لو ردها الى المالك
لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن
ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردها الا الى المعير في الاول وعممه في الثاني ومن استعار دابة
فردها مع من في عياله كعبده واجيره مسانهة او مشاهرة فهو صحيح لانها امانة وله حفظها على يد من
في عياله كما في الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لوجود الرضى به من المالك الا ترى
انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب
فقيل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة ولو ردها مع اجنبي ضمن
ودلت هذه المسألة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي
ومن قال بانه يملك الايداع وهو مشايخ العراق اولوا هذه المسألة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها
فكان الراد كالمودع وليس له ان يودع غيره فاذا اودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وبما قرر كلامه ظاهر
لا احتياج للشرح

كتاب الهبة

ذكر وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنه
جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي
من لدنك وليا وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم
تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا بخلاف البيع
من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده
لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت
بالقبول بدون القبض بخلاف البيع وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع

وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت حكم الهبة
وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به
اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلاة
لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فانه ما لا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا
كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة
عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما تبرع به بخلاف
الوصية فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام ثمة زيادة على ما تبرع به وذلك لان اوان ثبوت
الملك فيها بعد الموت وح لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وهذا موافق لرواية
الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القول كالوصية
الحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك
الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتايد به وهو في الهبة
التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت ينافي المالكية فصح الاطلاق حوله وحق الوارث
متاخر جواب عما قال لو ان الوارث خلف الموصي في ملكه فوجب ان يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث
اليه وتقريره ان حق الوارث متاخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا يعتبر
تسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب
جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس
ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض
باق بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وهو وجه الاستحسان في الاول
ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها
كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول والمقصود منه
اي مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك يكون الايجاب منه
تسليطا على القبض تحصيلا للمقصود فكان اذنا دلالة ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما
اثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه
يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجز له القبض اجاب
بقوله بخلاف ما اذا نهاه يعني صريحا في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح وفيه بحث لان
الاول لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان مقصود
البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل
ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده

ومجلسه للثمن واحد عن الاول بان الايجاب من البايع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبه وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراه وعن الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البايع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به قال وينعقد الهبه بقوله وهبت ونحلت هذا بيان الالفاظ التي ينعقد بها الهبه وقد تقدم لنا القول في قوله لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه وكلامه واف لافادة المطلوب سوى الفاظ نذكرها قوله اكلتها والاصل نحلت مثل هذا روى النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فانت امي الان تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال الك ولد سواه فقال نعم فقال اوكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور وقوله عليه السلام ولورثته من بعده اي ولورثته المعمر له من بعد المعمر له يعني يثبت به الهبه ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله لما قلنا اشاره الى قوله فلان حرف اللام للتمليك وقوله لان الحمل هو الاركاب حقيقه يعني انه تعرف في المنافع فيكون عاريه الا ان يقول صاحب الدابه اردت الهبه لان اللفظ مريد للتمليك فاذا نوى يحمل لفظه فيه تشديد عليه عالت نيته كما لو قال هذا تناقض ما تقدم في العاريه من قوله لانه لتمليك العين وعند عدم اراده الهبه يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هناك ان قوله لانها لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي ويكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقه يعني في اللغه فاستعماله في الحقيقه العرفيه مجاز لغوي ولو قال منحتك هذه الجاريه كانت عاريه لما رويناه من قبل يعني ما تقدم في كتاب العاريه من قوله عليه السلام المنحه مردوده وقوله ولو قال داري لك هبه سكنى او سكنى هبه انما هو منصوب هبه في الموضعين اما على الحال او التمييز لما في قوله داري لك من الابهام وقوله لان العاريه محكم في تمليك المنافع لان الواجب لا يحتمل الا ان نقول لان سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز ان يقال سكنى لا يحتمل الا العاريه فعرفته بالعاريه ولو قال هبه لتسكنها فهي هبه لان قوله تسكنها مشوره وليس تفسير له وهو تنبيه على المقصود انه ملكه الدار عمرى لتسكنها وهو معلوم ولكن لم يذكره فلا تفسير له وهو تنبيه على المقصود كقوله هذا الطعام لك تاكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل بخلاف قوله هبه سكنى لانه تفسير والفرق بينهما ان قوله سكنى اسم مجاز ان يقع تفسيرا للاسم الاول بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم قال ولا يجوز الهبه فيما تقسم الا محوزه مقسومه الموهوب اما ان يحتمل القسمه او لا وضابط ذلك ان كل شي يضره التبعيض يوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل القسمه وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا يجوز الهبه فيما يقسم الا محوزه مقسومه والاول احتراز عما اذا وهب الثمر على النخيل دون النخيل او الزرع في الارض دونها

قال

كان الموهوب ليس بمحوز اي مقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا حاز وقبض الثمر الموهوب على النخيل لكن ذلك الثمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزه مقسومه لان الهبه في نفسها فيما يقسم تقع جائزه ولكن غير مثبته للملك قبل تسليمه محوزا فانه اذا وهب شايعا فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صحت ووقعت مثبته للملك فعلم بهذا ان هبه المشاع فيما يقسم وقعت جائزه في نفسها ولكن توقف اثباتها الملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبه المشاع فيما لا يقسم جائزه ومعناه هبه مشاع لا يحتمل القسمه جائزه لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبه النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه ما ذكرنا وقال الشافعي رحمه الله هبه المشاع جائزه في الوجهين جميعا ومعناه مثبته للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البايع ودخل في ضمان المشتري وتملكه المشتري ولو كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البايع والدخول في ضمان المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما والعقد ملكوم اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد الهبه وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحليه عين القابليه او لازمه من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمه فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لا يعهد ذلك مبطلا من التبرعات كالقرض والوصيه بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الاخر شركه وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا ان القبض في الهبه منصوص عليه لما روينا من قوله عليه السلام لا تصح الهبه الا مقبوضه والمنصوص عليه شرط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاهتمام بوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غيره اليه اي بضم غير الموهوب الى الموهوب والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافيه للاهتمام بشانه ولان في تجويزه الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنه القسمه وتجويز ذلك لا يجوز لزياده الضرر فان قيل ضرر مرضي لان اقدامه على هبه المشاع يدل على التزامه ضرر القسمه والضرر المرضي غير مدفوع اجيب بان المرضي منه ليس القسمه ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمه ولا

يستلزمها ولهذا اي ولان من تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لم يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفي به ضرورة
وانه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزم المهايأة وفي ايجابها الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز
فليكن مؤنة القسمة كذلك اجاب بقوله والمهايأة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع
به هو العين ولقائل ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد
وجد وان خصصتم بعوده لما تبرع به كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك ويدفع التحكم
بان في عوده لذلك الزام زيادة عين فان مؤنة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غير
ذلك لان المهايأة لا يحتاج اليها ولا يلزمه اذا اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته
للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة تمييز على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع قوله
والوصية جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره ان المشروع انما هو فيما يكون القبض
من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك ولذلك البيع الصحيح واما البيع الفاسد
والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في
الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيا اجيب بان كلامنا في ان يكون القبض منصوصا عليه لثبوت
الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولانها عقود ضمان فناسب لزوم
مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم يلزم القسمة وما جازت فالجواب
سيأتي والقرض تبرع من وجه بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه
فان المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان
لم نشترط فيه القسمة عملا بالشبهين على ان القبض فيه ليس منصوصا عليه فيرد على الكمال
ولو وهب من شريكه لم يجز ولئن لم يلزم فيه مؤنة القسمة لان الحكم يدار على نفس الشيوع فانه مانع
عن كمال القبض فيما يحب القبض فيه على الكمال فكانه اشار الى الوجه الاول وبعد ذلك قيل الوجه الثاني
غير متمش في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم
الاطراد في كل شخص شخص ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا تثبت الملك على ما تقدم
من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين وكانت
معلومة من ذلك لكن اعادها تمهيدا لقوله فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع
وبه يتبين ان المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم
حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت قال ولو وهب دقيقا في حنطة
بني كلامه هنا على ان المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان
مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم
وهذا الطريق يشكل لان مراد المصنف رحمه الله بقوله لا يجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة
وقوله لان امتناع الجواز للاتصال هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اشار فوا حرفوهب

الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز لاحتاج الى تجديد العقد عند الافراز في المشاع كما في المعدوم
وانما جعل الدهن في السمسم والدقيق في الحنطة معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث
بالعصر والطحن ولا يعتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة لو
واذا كانت العين في يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا
وجد القبض امانة جاز ان ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون
فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل في ذلك ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما عن الآخر
واذا تغايرا يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء وديعة في يد شخص او عارية
فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان
بيده مغصوبا او بيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف
ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى
تجديد القبض ان ينتهي الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها واذا وهب الاب
لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والقبض فيه بالاعلام ويشهد له وليس الاشهاد بشرط الا انه يستحب
احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده بعد ادراك الولد لانه اي لان الموهوب
في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة وبه موضعه كبيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا
او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره يعني في الاولين او في ملك غيره يعني في الاخير والصدقة
في هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وقيده
بقوله وهو في عيالها لانها لا يكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصي لان عند وجودهم
ليس لها ولاية القبض وكذا كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم
قيد اطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء
اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد ابو الاب بعد الاب ووصيه فاما
مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا
لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له
فاذا لم يوجد واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له الا ترى انه يؤدبه ويسلمه
في الصنائع ففي هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة واذا كان لم يطلق ولكنه اقتصر
في التقييد وذلك لانه قال ولذلك كان بقوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت للحاجة
وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر
الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب وان وهب

للصغير اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك الامر الدائر بين النفع والضرر فالنفع المحض اولى بذلك
قال ـــ واذا وهب لليتيم هبة اذا وهب لليتيم كان القبض الى من له التصرف من ولي له وهو وصي الاب
او جد اليتيم او وصيه لان لهولاء الولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب ولئن كان اليتيم في حجر امه اي في كنفها
وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم ان لهولاء الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له يدا معتبرة
الا ترى ان اجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد واحد
من الاربعة المذكورة ولئن قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من اهله
اي من اهل مباشرته ما يتمحض نفعا له لان ... عقد الصبي اما ان يكون معتبرا اولا فان كان الثاني
وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجب ان لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود اهليته فالجواب
ان عقله يمكن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفيرها ايضا
لانه ينفتح به باب لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر في المتردد بين النفع والضرر شيئا
لسلب الضرر عنه لانه عقد قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبره برأي الولي
واذا وهبت للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان زفت اليه اولا فان كان الاول جاز قبض زوجها
لها لان الاب قد فوض امورها اليه حيث زفها اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ
مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت
واطلق المصنف رحمه الله عن كونها مجامعة لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجامع لا يصح
قبض الزوج عليها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز
عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيرها
فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض
الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضور الاب كما ذكرنا قال
صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه
الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنه
وان كان الثاني فلا معتبر لقبض الزوج لها لان الحكم انه يعولها ولم يل عليها استحقاقا وكذلك لا يوجد
قبل الزفاف قال ـــ واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز واذا وهب اثنان دارا
من واحد جاز لانعدام الشيوع لان الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة وهو
قد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يجوز لان هذه هبة الجملة
منهما لاتحاد التمليك ولا شيوع في هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تأثير الشيوع في الرهن
اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن فيما لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين
جاز فالهبة اولى ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت

ثم

فيما لا يقسم فقبل احدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال
من جانب التمليك ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير مميز فكان الشيوع وهو
يمنع القبض على سبيل الكمال وليس يمنع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك يثبت على الملك
وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا الاستدلال من جانب الملك
وفيه اشارة الى الجواب عما قالا الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في
احدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جواز هبة المشاع وجه ذلك انه قال
ان سلمنا ان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين واما ان المانع هو الحاق
ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع
لامتناع القبض به قوله بخلاف الرهن جواب عما استشهدا به ووجهه ان حكم الرهن الحبس
ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن
وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية
الجامع الصغير يدل على ان الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عندهما كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية
الاصل يدل على انه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما
حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفها على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال
ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك
له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها واما الهبة فيراد بها وجه الغني والغني انهما
اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتأويل ما ذكر في الاصل الصدقة على غنيين فيكون مجازا للهبة وتجوز
المجاز كما ذكر في الكتاب ان لكل واحد منهما تمليك بعض الدار قال ـــ ولو وهب لرجلين دارا ... اعلم
ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل
بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لاخر او بالتنصيف كقوله لشخص وهبت
لك نصفه وللآخر كذلك ولم يذكر في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا
اعني سواء كان متفاضلا او متساويا وجاز عند محمد رحمه الله مطلقا وجاز على اصله وفرق
ابو يوسف رحمه الله بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية وهو
المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي يوسف فيه روايتان وهذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف
وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان
تفصيلا ابتداء ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما انه لم يجز بلا خلاف وليس
بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتداء والعرف

لابي يوسف ما ذكر في الكتاب ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض ثم
يتحقق الشيوع وهو دليل على ان صورة التفصيل بالتنصيص دل على صورته بان ذكر على رواية عدم
واما على رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن اصله وهو اصل محمد فليست محتاجة للدليل وهذا التوجيه
يظهر خلله فسلان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض نوع اخلال
حيث لا يعلم ما ذكر موضع خلاف من الابعاض وليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض
بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عنده
التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم يسبقه الاجمال وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن اصله
والمذكور في الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست محتاجة للدليل لجريانها على اصله ووضح
دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن
فقال ولهذا لا يجوز اذا ارتهن من رجلين ونص على الابعاض خلا انه يستوي فيه المساواة والمفاضلة
بناء على اصل يصح ان يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال
كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال يملك كل واحد منهما النصف
ولم يرد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا ويفيد تفرق
العقد فكانه وجد لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حالا للكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن
فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يستحق الحبس لكل واحد منهما في
الكل وعند التفصيل لا يثبت ما فصل **في الرجوع في الهبة** قد ذكرنا ان حكم الهبة
ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمتنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك
وهذا الباب لبيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن
ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما
ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيد من
اخر من احدهما وسلمها اليه والثاني لم يعترض من موانع الرجوع لمن حال عقد الهبة ولعله تركها اعتمادا
على انه يظهر ذلك في اثناء كلامه وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب
في هبته الا الوالد فيما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا
يقتضي ما يضاده قوله بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال ان هذا المعنى موجود في هبة الوالد
للولد وتقريره انا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزءا له قوله على اصله اي على اصل الشافعي فان
من اصله ان للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه او كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه
من وجه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال
يجوز ان يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره فيها حقا
ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لما افاد قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله

ولا

ولا يشترط العوض ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان
يهدي لمن فوقه ليصونه بجاهه ولمن دونه ليخدمه والى من ليس به ليعوضه واذا تطرق
الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فثبت له
ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روي ان لا يستبد اذ الرجوع
يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء او رضى الا الوالد فان له
ذلك اذا احتاج اليه لحاجته وسمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله
في الكتاب اي القدوري فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد في
هبته كالعائد في قيئه وهذا الاستقباح لا التحريم بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث اخر
كالكلب يقيء ثم يعود حيث شبهه بفعل الكلب في قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة ثم للرجوع موانع
ذكر بعضها يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف
دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب او الموهوب له والعين العوض والخاء الخروج عن ملك
الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف فقال الا ان يعوضه
عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة ولا بد من قيد اخر وهو ان يكون زيادة في نفس الموهوب
اما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا تمنع فان
الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة لانه لا وجه للرجوع فيها دون
الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد واما اشتراط كونها موثرة في زيادة
القيمة فلانها لو لم يكن كذلك عدت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصا في المعنى كالاصبع الزائدة
مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في ان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب
دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس واجيب بان الرد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل
والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة لم تكن مقصودة بالرد او بالتبعية
والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذا الثاني لان الولد بعد
الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربوا بخلاف
الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم تفض الى الربوا واما في المتصلة
فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة
عنه بخلاف الرجوع عن الهبة فان الرجوع ليس برضا ولذا ولا باختيار فكان مانعا واذا مات
احد المتعاقدين بطل الرجوع ايضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة
وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل حال حيوته ولو مات الواهب فوارثه اجنبي
عن العقد اذ هو ما اوجبه ولذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليط
ولانه تجدد الملك بتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن
له الرجوع فكذا في تبدل السبب قال فان وهب لاخيه ضابطه لهذا النوع

من الزيادة المنفصلة فكان حقها التقديم والآري هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء
وعند العرب الآري الاخية وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من تأرى بالمكان
اذا اقام فيه وقيد بقوله وكان ذلك زيادة فيها والواو للحال لانه اذا لم يكن كذلك او كان ولكن لعظم
المكان يعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكل ذلك واضح وقوله واذا قال الموهوب له للواهب
بيان للالفاظ التي يستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع واما
اذا وهبه من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس
من شرط العوض ان يكون مثل الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سوا لانها ليست بمعاوضة
محضة فلا يتحقق فيها الربوا ولا يختص العوض بان يعطي الموهوب له بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح
واذا قبض الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع
والصلح لكنه يشترط فيه شرايط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط ان لا يكون العوض
بعض الموهوب مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض بيتا منها او الموهوب الفا والعوض درهم منها
فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم يقينا ان قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك ولذلك لا يحصل به
خلافا لزفر فانه لا يلحق ذلك بسائر امواله ولو ... العلة منع ماله يسقط الرجوع فكذا بهذا
والجواب ان الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر امواله فلم يلحق به فان قيل
هل في قوله متبرعا فايدة او ذكره اتفاقا اجيب بانه من اثبات الحكم بالطريق الاولى وذلك لان
الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المامور بذلك من الموهوب له اولى ان يبطل لان الموهوب له
لو عوضه بنفسه لم يبق شبهة
يودي الى العوض ما امر به ظاهرا فكان كتعويضه بنفسه
في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بامره غير ان المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سوا كان
بامره او بغيره ما لم يضمن الموهوب له صريحا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره
فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بمال نفسه على غيره
وذلك لا يوجب عليه الضمان كما لم يضمن ولو استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما
يقابل نصفه ولو استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا
الثلاثة وقال زفر يرجع بنصف الهبة اعتبارا لاحد العوضين بالاخر لان كل واحد منهما
مقابل بالاخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق احدهما بعضه يكون للمستحق عليه ان يرجع على
صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح ان يكون عوضا
عن الكل من الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء اسهل من الابتداء ولان ما يصلح ان
يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض
من الابتداء الا هو وعورض بان الغرض انه عوض واجزاء العوض تنقسم على اجزاء العوض فاذا
كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتدا
واجيب بان ذلك في المبادلات محضا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع

في

الموهوب دارا

في شيء من الهبة مع سلامة جزء من المعوض لما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا
لانه يتم بيعا ولهذا يتوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر ان المعوض يملك الواهب العوض
في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام واما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير ان يقابله بشيء
بل اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا ينقسم على اجزاء الحكم قوله الا انه اي الا ان الواهب يتخير
بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسكه ولا يرجع بشيء لانه ما اسقط حقه في
الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه من
نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك
الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان العوض لاسقاط الحق
فوجب ان يعم الكل لان الاسقاط لا يتجزى كالاسقاط في الطلاق اجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه
لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فيجوز التجزي باعتباره بخلاف الطلاق قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما
لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا او القضا لانه مختلف فيه بين العلماء فان كان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي ففي
واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه ما يتقوى به كالهبة
فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم يعد حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر لعدم ... والمخلص
حمله على اختلاف الصحابة رضي الله عنهم لا تبتنى قوله وخفي اصله ولهذا اي في اصل الرجوع ضعف
خلاف الناس لكونه تعرضا في ملك الغير ولهذا ... الزيادة المتصلة ولغيرها من الموانع قال في الكتاب
الواقع بالدخل وانما هو الوهن وهو خطا لان قصد المقصود اليه ... خطا
قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفا لان المقصود منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض
لم يحصل فاذا تردد لا بد من الفصل بالرضا او القضا حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضا نفذ
ولو منعه فهلك قبله لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بغلة لان اول القبض غير
مضمون وهذا دوام على ذلك الا ان يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء
او بالرضا كان فسخا من الاصل وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتداة
لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب بعد القبض فانه اذا كان بالقضا كان فسخا واذا كان
بالرضا فهو كالبيع المبتدا والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك او على سبب لازم حكمه
العقد ابتدا وههنا تراضيا على رجوع بسبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدا بل يكون فسخا
من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها
ولو كان الرجوع بغير القضا هبة مبتداة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتداء فصحته دليل على بقاء
العقد في النصف الاخر والشيوع طارئ لا اثر له فيها قوله لان العقد هو الدليل على المطلوب
وتقريره ان هذا العقد جايز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جايز الفسخ
ينفسخ جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضا لانهما يفعلان
ما لو انفرد بفعله القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق فيشمل التراضي والقضا وقوله بخلاف الرد
جواب عن قياس زفر وتقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما كان في صورة القضا

خاصة لان الحق لهناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه لا للفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم ينتقض الفسخ فاذا تراضيا على الفسخ فيما يفسخه العقد من وصف السلامة فان يحز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء او بالرضا وفائدة هذا انه لو وهب لانسان فوهبت الموهوب له لآخر ثم رجع الاخير فيه كان للاول ان يرجع سواء رجع الثاني بقضاء او بغيره خلافا لزفر رحمه الله واذا رد المبيع على البائع قبل القبض فللبائع ان يرده على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك

قال واذا تلف العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له اي للواهب اذ النفع عائد اليه بخلاف المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في حفظ المال لاجله فان قيل يجب ان يرجع بجناية المملك فيما ملكه واخبار بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم ذكره في الدعوى لان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فانه بعد الاستحقاق يرجع على الواهب ولم يذكر المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور في ضمن المعاوضة او بالضمان نصا واذا وهب بشرط العوض مثل ان يقول وهبت هذا العبد على ان تهب لي هذا العبد الا ان يقول ثيابا فانه يكون هبة ابتداء وانتهاء بالاجماع اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين ويثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما اما انه مشتمل على الجهتين فظاهر واما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى التنافي امكن الجمع لا محالة فعلنا بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاءه بمعناها وهو معنى البيع وهو تمليك بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع من الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداء باللفظ حتى يبطل بعدم القبض ولا تتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة واعتبر معناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ ولا وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة قال

رقم كان ذلك كالبيع عقد منهما وانما ... القاضي فانما يبقى ... او لا عاما يقتضيه العقد ...

ومن

ومن وهب جارية الا حملها ... اعلم ان استثناء الحمل على ثلاثة اقسام قسم منها ما يجوز فيه العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من الهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهبت الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لم يصح فلذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل معا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر واستثنى او اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجز في الصوف والحلب في اللبن قوله وبهذا اي بصحة اصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيع والاجارة والرهن اشارة الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسنذكره فيها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فيكون جائزا واشبه الاستثناء في امكان تجويز الهبة ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء في التجويز لان الحمل في الاستثناء كان باطلا وجعل الحمل موهوبا وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع وهي لا تجوز فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة اجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال ثم ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف رحمه الله لما استشعر هذا السؤال اورد فيه بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح ان يجعل جانب التدبير شبيها بالاستثناء وجانب الاعتاق غير شبيه له قلت نعم اذا اريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد الثنيا فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع وكذا التدبير كذلك كما مر فكانا متشابهين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف اراد بالاستثناء استثناء الحمل وجانب الاعتاق يشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يجعلها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه لان الرد عليه انتقال من كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا اشترط عليه الرد او الاعتاق او غير ذلك تقيد بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة واصل ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

بخلاف البيع

اجاز العمرى وابطل شرط المعمر رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع
فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في
معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال ومن له على آخر الف درهم
ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف
فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد واسقاط
من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول
فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة
التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى ما فيه تمليك فان قيل قولكم هبة الدين
ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا ابرأ المديون
منه او وهبه له توقف على قبوله اجيب بان توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل
من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين
لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول قوله ولهذا قلنا انه يرتد بالرد يفيد باطلاقه ان عمل الرد
في المجلس وغيره سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب ان يرده في مجلس الابراء
والهبة وقوله بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة
ما لا يحلف بها اي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء الذي
منها ومنها ما يحلف بها كالطلاق والعتاق وغيرهما والعمرى وهو ان يجعل داره لشخص عمره
فاذا مات ترد عليه جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته بعده لما روينا انه صلى الله عليه وسلم
اجاز العمرى والشرط هو قوله واذا مات ترد علي باطل لما روينا انه صلى الله عليه وسلم ابطل
شرط المعمر ويبطل لانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة
فيكون هو قوله داري لك هبة والرقبى هو ان يقول الرجل لغيره داري لك رقبى باطلة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تفيد ملك الرقبة وانما تكون عارية عنده يجوز للمعمر ان يرجع فيه
ويبيعه متى اي وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع وعند ابي يوسف رحمه الله جائزة لان قوله
داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى ماخوذا من
المراقبة وان كان ماخوذا من الرقاب فكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى وله ما روى
الشعبي عن شريح ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما
ان يقول ان مت قبلك فهي لك اخذت من المراقبة فكانه يراقب موته وهذا تعليق
بالخطر فيكون باطلا وقوله ولان معنى الرقبى عندهما يشير الى ان ابا يوسف قال بجوازها
لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان جعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق
الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشيء في اللغة بعيدا يستقل بها الاجل ما عنده
بهذه صح ليس بمستحسن فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم

اجاز

اجاز العمرى والرقبى اجيب بانه محمول على انه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقبى
ففسر ابو جه واضح صحيح فاجاب بجوازه

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة
تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في احكام ذكرها في باب الهبة وفصل لها فصلا قال
الصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة
مشاعا لما بينا في الهبة ان الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو
الثواب وقد حصل فصار كهبة عوض عنها وفيه تامل فان حصول الثواب في الاخرة فضل من
الله ليس بواجب فلا نقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا
تصدق على غني يبطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض ثمة حصول العوض
ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان
المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض اصحابنا الى ان التصدق على الغني
سواء في عدم الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير في عدمه ولكن العامة في لو في ذكر لفظ الصدقة
دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لاسيما في القرابة قوله ومن نذر ان يتصدق
بماله الخ ذكرنا هذه المسائل ووجوهها في كتاب القضاء فلا نحتاج الى الاعادة ههنا

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة
وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ويستدعي معنى الاجارة لغة وشرعا واما جمعها
اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي
والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها
دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيه وابل يحمل اثقاله
الى بلد لم يكن يبلغه الا بشق الانفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها واما شرطها فكون
معلومية البدلين واما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة
لعقد الاجارة واما حكمها ودليل شرعيتها فسنذكرهما قال رحمه الله الاجارة عقد على
المنافع بعوض هذا بيان المفهوم الشرعي فقبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في
بيان شرعيتها قال الشرعي اولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير موجودة
في الحال لم يقتض القياس جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس
فكان استحسانا بالاثر ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره في الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم
اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله صلى الله
عليه وسلم من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان لان معلومية الاجر شرط جوازها
وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لانها هي المعقود عليها فالملك
في البدلين ايضا يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة
يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك
وجب ان يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل ان يستوفي العقد فيها واذا استأجر
شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق
اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول اذ لا تأثير للعقد في المعقود لم يظهر عمل العقد
واثره في حق المنفعة يعني تراخي حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا يعني

يثبتان معاً حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فان الملك في المبيع يثبت في الحال وثبات
الاستحقاق الى نقد الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار والاصح والاجارة
حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر اجيرا
فليعلمه اجره فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا يدل بدلالته على اشتراط
معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة
كالتبع وكالثمن في البيع فاذا كان معلومية التبع شرطا كان معلومية الاصل اولى بذلك ولان
الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وهو واضح وما صلح
ان يكون ثمنا في البيع صلح ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل
ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست من ذوات
الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح ان يكون اجرة كما اذا استأجر
دارا بثوب معين واذا كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين
من الجانبين فلو لم يصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر
على المثال ليس من داب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال او فليمثل
بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة
ولا يصلح ثمنا اصلا وقوله بهذا اللفظ يريد به قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينفي صلاحية
غيره كما ذكرنا لانه عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع اموال فجاز ان يقع اجرة
ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب
في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي يجب في الذمة بخلاف الاجرة
قال والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة قد تقدم ان المنفعة لا بد وان يكون معلومة
في الاجارة فلا بد من بيان ما يكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى
والارضين للزراعة مدة معلومة كائنة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة
فيها معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت
فاذا لم يعين افضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا
كانت بحيث يعيش اليها العاقد لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك
وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا كانت بحيث
لا يعيش اليها احد العاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر هو عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر
مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها وجوزه آخرون
منهم الخصاف رحمه الله لان العبرة في هذا الباب لصيغة كلام العاقدين وانه يقتضي
التوقيت ولا يعتبر موت العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش
اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانها متعة ولم يجعل بمنزلة
التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش اليها المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة

قوله

قوله الا ان في الاوقاف لا يجوز ان يكون اكثر من سنة استثناء من قوله اي مدة كانت وانما لا يجوز في الاوقاف الاجارة
المدة الطويلة وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار كيلا يدعى المستاجر ملكها بيدها اذا لم يشترط
الواقف ان لا يوجر اكثر من سنة واما اذا شرط فليس للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة
الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة
كما اذا استأجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره او استأجر خياطا على
خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة او استأجر دابة ليحمل او للركوب وبين جنس المحمول
وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر في الكتاب باب
الاجر متى يستحق لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب
افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال الاجر
لا يجب بالعقد قال صاحب النهاية الاجر لا يجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها
واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع
فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال
معناه لا يملك لان محمدا رحمه الله ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك واذا لم تملك لم يجب ايفاؤها فان قلت
فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز سائغ لعدم
دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة مما يثبت في
الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك
يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل
الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت
الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم يجعل موجودة كانت دينا بدين وهو حرام كما مر واذا كانت
موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من
البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد
الى افادة الملك فالجواب ان الضرورة اذا ثبتت تستتبع لوازمه وافادة الملك
من لوازم الوجود عند العقد ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث
المنافع على ما بينا والعقد اي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقود المعاوضة
المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة
واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لذلك وكذا اذا شرط التعجيل او عجل بلا شرط
لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف
مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب
انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم
وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه
لا يخالف العقد من حيث المعاوضة وعوض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها

رحمهما الله

والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واحتج بأن صحة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف
ممنوعة وجوز محمد رحمه الله لأن العقد سبب في جانب الأجر إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به
وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الأجر فيظهر الانعقاد في حقه
ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة لأنها كفالة بما هو واجب على فلان وصح الرهن
لأن موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه
فكذا الارتهان به والجواب عن قوله ولولا جعله موجودا لكان دينا بدين وهو حرام أن ذلك
ليس بدين لأن الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة
فلم يكن دينا بدين ولهذا طريق سائغ شائع لكونه إقامة السبب مقام المسبب وأما جعل المعدوم
موجودا فلم يعهد لذلك قوله وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر لأن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام
الاستيفاء لا محالة فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة ولم يقل أو باستيفاء
المعقود عليه أو بالتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا وبذلك أحد
الأقسام لا يكون قسيما بذاته فإذا قبض المستأجر بإجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء
المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الأجر لأن الواجب على الآجر
تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الإجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة
لأنه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فإذا سلم العين فارغة عن متاعه
ولم يكن هناك مانع منه أو من العين أو من أجنبي سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك
الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الأجر واعتبر القيود
فإن بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الأجر فإن لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه
أو سلمها فارغة في غير مدة الإجارة مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة في غد هذا اليوم وذهب
إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها لا في مكانه كمن استأجر دابة في غير
بغداد إلى الكوفة فسلمها الموجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكن المسير فيها
إلى الكوفة أو سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج أو حنش يمنع الركوب أو سلمها فارغة
فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب أو لم يكن شيء من ذلك
أصلا لكن الإجارة كانت فاسدة فإن الأجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة
لأن التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فإن قيل كلام المصنف
ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجه الاقتصار إما الاختصار وإما لدلالة الحال
والعرف فإن حال المسلم دالة على أنه يباشر العقد الصحيح والفاسد منه ممنوع عن الإقدام
على الانتفاع على أن الساكن يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا يمنع عن الانتفاع به والعرف قاض
في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى أن الإكراه والغصب مما
يمنعان عن الانتفاع فيتفرع ذكره لذلك إغناء داخليها ووجود المانع في بعض المدة والمكان

يسقط

يسقط الأجر بقدره لوجود الانفساخ في ذلك القدر قال ومن استأجر دارا فللمؤجر ذكر هذا
لبيان وقت استحقاق مطالبة الأجر والحال لا يخلو من أن يكون وقت الاستحقاق مبينا للعقد
أو لا فإن كان الأول فليس له المطالبة إلا إذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان أو أقل أو أكثر لأنه بمنزلة
التأجيل إذ الاستحقاق يحصل عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتأجيل يسقط
استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل وإن كان الثاني فللمؤجر أن يطالبه بأجر كل يوم لأنه استوفى منفعة
مقصودة ولذلك إجارة الأراضي ولمن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجر كل مرحلة لأن سير
كل مرحلة مقصود كسكنى يوم وهذا قول أبي حنيفة آخرا وكان يقول أولا لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء
المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لا يكون مسلمة
في بعضها لأن أجزاء الأعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا
كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة
فإن الخياط لا يستحق شيئا من الأجر قبل الفراغ كما سيأتي فإن قيل قال المصنف فلا يتوزع
الأجر على أجزائها يعني المنافع وهو خلاف المشهور فإن المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض
وقياس المنافع على العمل فاسد لأن شرط القياس المماثلة بين الأصل والفرع وهو منتف
لأنه من المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لأنه لم يسلم من الخياطة شيئا
فالجواب أن انقسام العوض منقسم على أجزاء المعوض وجودا وليس الكلام فيه وإنما الكلام في
استحقاق القبض ومعنى ذلك لا يتوزع كما في البيع والتسليم في الخياطة وجد تقديرا لأن عمل الخياط لما اتصل
بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على أن المصنف لم يلتزم صحته لأنه القول المرجوع عنه فإنه لو كان صحيحا
البتة لم يكن للرجوع عنه وجه ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر
ساعة فساعة تحقيقا للمساواة إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره
فيتضرر به بل المطالبة تفضي إلى عدمها فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من
جهة المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما أفضى وجوده إلى عدمه فهو منتف
فتقدرنا بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة في البعير وليس للقصار والخياط أن
يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل كله لأن العمل في البعض غير منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب
به الأجر وهذا يشير إلى أنه لو كان ثوبين ففرغ أحدهما جاز أن يطلب أجرته لأنه منتفع به ولذا
إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا أنه غير منتفع به إلا إذا شرط
التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم وعلى ما نبهنا به هذا وقع مخالفا لما ذكره أثبات الكتب
من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام
وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر في كل ذلك تقاليد أن الخياط من استأجر خياطا
يخيط له في بيت المستأجر فله الأجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر من الأجر بقدر
ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال ولكن نقل من التكميل

ان الحكم فيه كما ذكر في الكتاب ويحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني في هذا الحكم
واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجر انما هو اذا كان له
حصة معلومة وارى ان ذلك انما يكون اذا عين لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا وللبدن
او للذيل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وح يصير كل
جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجرة كما في كل الثوب ولعل
هذا معتمد المصنف رحمه الله والله اعلم بالصواب قال ومن استأجر خبازا ليخبز له
ذكر هذا البيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجر حتى يفرغ من عمله وقد علم
ذلك من مسئلة الخياط انفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون فاذا استأجر خبازا ليخبز له في بيته
قفيزا دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل
بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان قيل الخبز في بيته
يمنع ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو اجير وحد واستحقاقه الاجر لا يتوقف على الفراغ من
العمل اجيب بان اجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استأجر رجلا للخدمة وما نحن
فيه ليس اجيرا على العمل فكان اجيرا مشتركا يتوقف استحقاقه على فراغ العمل فان اخرجه من التنور
ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه عمل تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه
لانه لم يوجد منه جناية قال المصنف رحمه الله وهذا اي قوله لا ضمان عليه عند ابي حنيفة
لانه امانة في يده ولا ضمان على الامين وعندهما يضمن لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب
فلا يبرأ الا بحقيقة التسليم والوضع في بيته ليس بذلك واذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق
بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب
والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة له قال
في النهاية هذا الذي ذكر من الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره فهو مجرى على عمومه
بانه لا ضمان بالاتفاق اما عنده فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا
لان الوضع في بيته تسليم ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا
للعرف لانه من تمام عمله عرفا ولو استأجره ليطبخ قدرا خاصة فليس عليه الغرف ومن
استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند ابي حنيفة اذا اقامها فان افسدها المطر قبل ذلك
او انكسر فلا اجر له لانه لا يصير منتفعا به لبنا وما دام على الارض لم يصر لبنا وقالا لا يستحقه
حتى يشرجه اي ينضده بضم بعضه الى بعض لان التشريج من تمام عمله عرفا وباقي كلامه ظاهر
قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ كل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ
فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهذا ظاهر
والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما في المبيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه
لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يكون
حبسه ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه اجيب
بانه اشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد فلا

العين صح

يلزمه

يلزمه الضمان لكنه لا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة
عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله
الاجر وسنذكره في باب ضمان الاجير وكل صانع ليس لعمله اثر في العين كالحمال والملاح فليس له
ان يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعامل او يفنى له والحبس
غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء
واما اذا كان ففي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ اختاره المصنف رحمه الله وذكر في المبسوط
وجامع قاضي خان ان احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له اثر في العين فيكون هو
الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله قوله وهذا بخلاف الابق جواب عما يقال الابق اذا رده
انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله اثر في العين ووجهه ان الابق كان على شرف الهلاك
وقد احياه برده فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا يعني حق الحبس للصانع بالاجر
فيما اذا كان لعمله اثر هو مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر وهو مذهب الشافعي رحمهما الله ليس
له حق الحبس في الوجهين يعني في الذي لعمله اثر وفيما لم يكن لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه
بملكه والمسلم للرضا فيه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب والجواب ان الاتصال
بالمحل ضرورة اقامة العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث
التسليم فلا يسقط حق الحبس ونظير ذلك الوكيل اذا انقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له ان
يحبس وقد تقدم وصار كقبض المشتري المبيع بغير رضا البائع فان للبائع ان يحبس وان تسلمه
المشتري لكونه بغير رضاه قال واذا اشترط على الصانع ان يعمل بنفسه واذا شرط
على الصانع ان يعمل بنفسه قال الشيخ حميد الدين الضرير هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك او بيدك مثلا
واليه اشار المصنف بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل
من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كان استأجر دابة بعينها للحمل فانه ليس
للموجر ان يسلم غيرها وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن
او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز وان اطلق العمل فله ان يستأجر من يعمله لان المستحق
عمل يمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين فصل لما ذكر استحقاق
تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر او بعضه وقدمه لانه اصل الباب لان استحقاق
تمام الاجر هو الاصل والنقصان بعارض ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب
فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي فاما ان يكون على جماعة معلومي العدد او لا فان كان الثاني استحق
الاجر كله وان كان الاول فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره
وبقولنا اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني واختاره المصنف رحمه الله واليه اشار بقوله ومراده
يعني القدوري اذا كانوا معلومين وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي
بالجواب فذهب فوجده ميتا فاما ان يرد الكتاب او لا فان كان الثاني استحق الاجر الذهاب
بالاجماع وان كان الاول فلا اجر له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله

لزاد الذباب وهذا بنا على ان المعقود عليه قطع المسافة او نقل الكتاب وقع عند محمد رحمه الله
انه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد ادى بعض المعقود عليه
بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلته
الى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استاجر ليذهب
بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فرده فانه لا اجر له بالاتفاق لنقضه تسليم
المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بنا ينقض على محمد لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب
عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها

باب ما يجوز في الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق
اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا قال
ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها صورة المسئلة ان يقول استاجرت
هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف الى السكنى
وان لم يبين لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه تسمى مسكنا وفي القياس لا يجوز
لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين
شيء من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه
قوله وانه لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد
يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت
لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضوء
والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى
للاطلاق اي لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشيء دون شيء الا انه لا يسكن
حدادا ولا قصارا ولا طحانا بالماء والدابة دون اليد ان لم يوهن البناء وفي الجملة
كل ما يوهن البناء ليس له ان يعمل فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز ان يكون بفتح الياء
وقوله حدادا الى آخره منصوبا على الحال ويعني به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بضم الياء
والمنصوبات مفعول به ويعني به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء
ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه
يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان
ما يزرع فيها لانه متفاوت في الضرر بالارض وعند عدم البيان قطعا للمنازعة
او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية
الى النزاع ويدخل الشرب والطريق في العقد استحسانا لان الاجارة تعقد للانتفاع
ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك
الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز ان يستاجر الساحة وهي الارض
الخالية من البناء والشجر ليبني فيها او يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضي فيصح

لنا العقد فاذا انقضت المدة لزم المستاجر قلعها وتسليمها فارغة لانه لا نهاية لها وفي ابقائها
ضرر بصاحب الارض هذا من جانب المستاجر واما من جانب الموجر فان الارض اما ان تنقص
بالقلع او لا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمته ذلك مقلوعا ويتملكه رضي به المستاجر او لم يشأ
او رضي بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فليس له ان
يغرم قيمته ذلك مقلوعا الا برضى المستاجر وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث
يترك باجر المثل الى ان يدرك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وذلك لانا لو قلعناه تضرر
المستاجر ولو تركنا الارض فيه بلا عوض تضرر الموجر وفي تركه باجرة رعاية للجانبين فصير اليه واورد
في الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالشجر قال ويجوز استيجار الدواب للركوب
والحمل فاذا استاجر دابة للركوب فاما ان يقول عند العقد استاجرت للركوب ولم يزد عليه
او زاد فقال على ان اركب من اشاء او على ان يركب فلان فهي ثلاثة اوجه فان كان الاول فالعقد
فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه
اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير
وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال
فكانها ارتفعت من الابتداء لانها عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفعت الجهالة
في الابتداء صح العقد فكذا هاهنا وان كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين اول من ركب
سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان اركب غيره بعد ذلك
فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب اولا والمراد بقوله فان اطلق الركوب هو ان
يقول على ان يركب من يشاء وان كان الثالث فليس له ان يتعداه لانه تقييد مفيد لا بد من اعتباره
فان تعدى كان ضامنا وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل كالثوب والخيمة وحكم الحمل حكم الركوب
بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد
لعدم التفاوت فان قيل قد يتفاوت السكان ايضا فان لسكنى بعض قد يتضرر كالحداد
ونحوه اجاب بقوله والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما في النهاية
من التطويل وقول المصنف رحمه الله ويجوز استيجار الدواب للركوب معناه الركوب معين
اما نصا حقيقة او تقديرا وان سمى نوعا ومقدارا من شيء يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة
حنطة بعينها فله ان يحمل ما هو مثله في الضرر كحنطة اخرى غيرها او ما هو اقل ضررا كالشعير والسمسم
لانها اذا كانا بخمسة اقفزة كانا اقل وزنا فكانا اقل ضررا وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا
فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل
وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له ذلك لانه دخل
تحت الاذن لعدم التفاوت فيما يعتنى به لو كان مثلا او لكونه خيرا فيما يعتنى به اذا كان اقل ضررا وليس
له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح اذا كان مثلها كيلا لانه يعلم انعدام الرضا فيه وان
استاجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا

لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه
وانما ذكر مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون ولو استاجرها
ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها سواء كان الرديف اثقل او اخف من الراكب
ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه
بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب
كعدد الجناة في الجنايات والجناة جمع جان كبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا
جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما نصفان لان رب جراحة هي
اكثر تاثيرا من عشر جراحات مثلا وانما قيد بقوله رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله
اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل ولو استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة
فحمل اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وغيره ماذون فيه
والسبب الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها يطيق حمله واما اذا كان حملا لا يطيقه
مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كان الزيادة من
خلاف جنس المسمى كمن استاجرها ليحمل عليها خمسة اقفزة من شعير فحملها مثل كيله
حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه ماذون
في مقدار المسمى وغير ماذون في الزيادة فتوزع الضمان ونوقض بما لو استاجر ثورا
ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة وطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع ولو كانت الزيادة
من الجنس واجيب بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد
ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع واما الحمل فيكون جملة واحدة
فهو ماذون في بعض دون بعض فتوزع الضمان على ذلك وبهذا اندفع ما قيل على ما اذا
استاجرها ليركبها فاردف رجلا انه يجب ان يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استاجرها
ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا فركوبه
زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة لان في الاركاب منفردا مخالف
من كل وجه وفي الارداف ماذون من وجه دون وجه وهو ثقيل جملة كما عرفناه
وان كبح الدابة بلجامها وان كبح الدابة بلجامها اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري او ضربها
فعطبت ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت
مطلق العقد وما دخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف
مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح
المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله
وعليه ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب اي سلمنا انه حاصل بالاذن لكن الاذن فيه
ينتفع به الماذون مقيد بشرط السلامة اذ الممكن تحقق المقصود وهو
ممكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق والى استاجرها الى الحيرة

بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على راس ميل من الكوفة فجاوزها
الى القادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك
العارية واختلف المشايخ في معنى هذا الموضع فمنهم من اول المسئلة بان المراد هو لو استاجرها
ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستاجر بالعود من القادسية
اليها مردودا للدابة الى المالك يعني فانه لما كان مودعا يعني فهو نائب المالك والرد الى النائب
رد الى المالك يعني اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق
ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بان المودع مامور بالحفظ مقصودا
وهو ظاهر وكل من هو كذلك بقي مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لبقاء الامر لكونه
مقصودا وحينئذ يكون الرد ردا الى نائب المالك والمستاجر والمستعير مامور بالحفظ تبعا
للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو
تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا فلم يكن الرد ردا اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك او نائبه
ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ ولو لم يوجد
الرد على احد منهما والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة البتة وليس كلما
يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر والسبب
في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل
فان قيل الرد الى المالك او نائبه ازالة التعدي وهو يصلح مبرءا عن الضمان والرد الى من لم
يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك
فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه الضمان ولتقرر الضمان على الغاصب
لو وجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضمونا بضمانين فصار الحاق العارية
بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت الفرق بينهما فان يد المستاجر
كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومونة الرد على المالك
بخلاف العارية والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد
فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان
المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك
موجود فيهما لا محالة قوله وهذا اي الاجراء على الاطلاق اصح ومن اكترى حمارا بسرج
فاستعماله به موافقة فان نزع فاما ان يسرجه بسرج او اكاف وكل منهما على قسمين
اما ان يسرج بسرج يسرج بمثله الحمار او لا وكذلك الاكاف فان اسرج بذلك فلا ضمان
لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره اي من حيث المنع بعينه لا
فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عليه صاحبها اذا
كان غيره مماثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله الا اذا كان زائدا عليه

في الوزن استحسانا من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يرضه ولم يأذن فيه فكان مأذونا في المسمى
غير مأذون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى ولو وضع على الدابة
دفعة كما تقدم في الحنطة ولو اسرج بما لا يسرج به مثله مثل ان يسرجه بسرج البرذون
ضمن القيمة كلها لانه لم يرضه ولم يأذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر
يضمن لما قلنا في السرج انه لم يرضه ولم يأذن وهذا اولى لانه من خلاف جنسه ولو اوكفه
باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير
لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد
فمن المشايخ من قال ليس في المسألة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم
من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير
يضمن لجميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد يضمن
بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج
يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من
قال معناه بحسابه من الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة
امنا يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار المصنف في الدليل قال لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان
هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن
الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط احدهما على الظهر
اكثر من الاخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على
ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا وقوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة وفيه نظر
لانه علم بما عرف فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة من غير نظر الى الانبساط
وعدمه ومن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلو اما ان يكون ما سلكه
مما يسلكه الناس او لا فان كان الاول فاما ان لم يكن بين الطريقين تفاوت بان يكون احدهما
اوعر او اخوف او ابعد او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان
كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد رحمه الله اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه
فيما اذا اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيده بهذا التفصيل اجاب بقوله
الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان
الثاني اعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر
لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس فيه ضمن لفحش التفاوت
بين البر والبحر حتى ليس للمودع ان يسافر بالوديعة من طريق البر دون البحر وان بلغ
فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة قال ومن استأجر

ارضا ليزرعها حنطة ه ومن استأجر ارضا ليزرع فيها حنطة لزراعة شئ فزرع مثله في الضرر
بالارض وما هو اقل منه يوجب الاجر لانه موافقة او مخالفة الى خير وزرع ما هو اضر بها
كالرطاب ضمن استأجرها لزراعة الحنطة مخالفة الى شر يصير به المستأجر غاصبا فيجب
عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم
التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات قوله ومن دفع الى
خياط ثوبا ظاهر وقوله ينتفع به انتفاع القميص يعني به ستر العورة ودفع الحر والبرد
وقوله لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص
دون القباء والباقي ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

اخر الاجارة الفاسدة عن صحيحها لاحتياج الى معرفة وقوعها في محلها قال الاجارة تفسدها
الشروط ه يفسد الاجارة بالشروط فساد البيع بها لانها بمنزلته في كون كل واحد منهما
يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل
والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا
لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت لجهالة
المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني
وفتاوى قاضي خان وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع
الاعيان فان البيع اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع عنده
كالاعيان ولنا ان تقوم المنافع ضروري لدفع الحاجة بالعقد والضروري يتقدر بقدر الضرورة
والضرورة تندفع بالصحة فيلتفت بها وهذا يقتضي عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا
ان الفاسد تبع للصحيح فيثبت فيها ما ثبت في الصحيح عادة وهو قدر اجر المثل
وهذا يقتضي لزوم الاجر بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد سقطت الزيادة
وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من
المسمى ما زاد على اجر المثل فصار الواجب ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى بخلاف البيع
فان العين متقومة في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكر لتذكير الخبر
فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد
الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت
فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها
غير محصور كذلك ومحصور لا ترجيح بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه
واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح وقد يلزم
ان يكون النقض بحضرة من الاخر او لا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح

من غير مخصص صاحب على قول ابي حنيفة ومحمد ويصح على قول ابي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير
مخصص بلا خلاف ووجه ذلك مذكور في المطولات فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه
ايضا ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه
لتراضيهما بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكر في الكتاب اي القدوري هو القياس وانه
مال بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها
من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في راس الشهر الثاني بناء
على ان راسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل يتحقق راس الشهر والفسخ بعد ذلك
فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرقا ثلاثة
منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال
فيكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استاجر
دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون
التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه بان يقول من غرة رجب من هذه
مثلا وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء
لذكر الشهر منكورا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف
لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك
لتعينه بعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب
نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء لان الليالي ليست بمحل له ويوم العيد
ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يعزم ذلك بالسبب ثم ان كان العقد حين
يهل الهلال على ما هو المنقول اي يبصر فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل في الشهور العربية
فيهما كان العلم به ممكنا لابصار الاهلة وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية
عن ابي يوسف لعله وستين يوما وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف رحمهم الله ان الاول بالايام
والباقي بالاهلة فيكون احد عشر شهرا بالهلال وشهرا بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير
لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا يتعدى الى غيره ولابي حنيفة رحمه الله
ان اتمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام
ابتدأ الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال
صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف على ان الاشهر كلها عند ابي حنيفة رحمه الله
بالايام وعندهما الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر لم يمر في الطلاق وما يتعلق به وهو قوله لان
المصنف رحمه الله ما قال في كتاب الطلاق بل ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان
كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير
والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام

استئجار الحمام والحجام واخذ اجرتهما جائز اما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة
ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام
فلما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجره ولانه استئجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا
مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرهما في الاجارات الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا
فان بعض العلماء كره اجرة الحمام اخذا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين
حمام الرجال والنساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وامرن بالقرار وروي عن احمد
بن حنبل انه لم يبح اجرة الحجام وكره كسبه لما ان ابا هريرة رضي الله عنه والحسن والنخعي رحمهم الله روى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح
عند عامة العلماء انه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء اظهر لان المراة
تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال
وقد صح ان النبي عليه السلام دخل حمام الجحفة وتاويل ما روي من الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة
فاما بعد التستر فلا باس بالدخول والكراهة في غلته كالكراهة في غلة الدور والحوانيت
والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في حديث ابي هريرة رضي الله عنه فاتاه رجل من الانصار
فقال ان لي ناضحا وحجاما افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه اخر فقال ان لي عيالا وحجاما افاطعم
عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة عسب
التيس اي ضرابه وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث وخرج لبعض الكتب فيه والحنابلة يجوزون
وجها وهو انه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستئجار
الظئر للارضاع ولنا انه مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس رواه البخاري
وسائر اخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستئجار على الاذان والحج وكلامه فيه ظاهر وقوله على عمل معلوم غير
متحصر عليه احترز به الاخر لانه على نوع التشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استئجار
بالاجماع وبعض مشايخنا يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن
اليوم يعني في زماننا وجوزوا ذلك بضرب المدة وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستئجار وعند
عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع
حفظ القرآن وقال انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين
عما لا بد لهم من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال
ابو عبد الله الخيزاخزي يجوز في زماننا للامام والموذن والمعلم اخذ الاجر ذكره في الذخيرة ولا يجوز
الاستئجار على شيء من الملاهي لانه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد فانه لو استحق
به كان وجوب ما يستحق به مضافا الى الشرع وهو باطل قال ولا يجوز اجارة
المشاع عند ابي حنيفة ولا يجوز ان يوجر الرجل نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك

عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وقالا يجوز لان المشاع له منفعة
ولهذا يجب اجر المثل وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا
والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر من شريكه
او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه اجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على
احدهما ان يكون بمعارضة ولعرض لو ما لا يقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده سواء كان
محتملا للقسمة كالدار او لا كالعبد غير متصور وما لا يتصور تسليمه لا يصح اجارته لعدم الانتفاع به
والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدا من غير تعرض لدليل الخصم والثاني ان يكون ممانعة
ولعرض لا نسلم انتفاء المانع فانه اجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة
وقوله والتخلية جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان التخلية لم يعتبر تسليما
لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا وهو اي التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن فكانها
اعتبرت علة وهي وسيلة الى التمكن والتمكن في المشاع غير حاصل ففات المعلول واذا فات المعلول
لم تعتبر العلة بخلاف البيع فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا يجوز بيع الجحش فكان التمكن
بالجملة فيه حاصلا وقوله والتهايؤ جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام
العقد بواسطة الملك فهو متاخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة
على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء مبنيا على ما تاخر عنه ثبوتا وقوله بخلاف
ما اذا اجر من شريكه جواب عن قولهما فصار كما اذا اجر من شريكه ووجهه انه اذا اجر من شريكه
فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك
لكنه لم يجز واجيب بان المراد الشيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع
موصوف ويجوز ان يكون الشيوع مانعا لمحل باعتبار دون اخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض
فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم لان الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام
المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء واما ههنا فلا ينعدم
المعقود عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله والاختلاف
في النسبة لا يضر جواب عما قال [illegible] ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك ينتفع
بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستيجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك ان الاختلاف
في السبب غير معتبر اذ المقصود المتحد على انا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه
الرواية وقوله بخلاف الشيوع الطارئ فانه لو اجر من رجلين ثم مات احدهما فان بقية الاجارة
في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء لان القدرة
لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهر الا انه يحتمله بدل الجواب
عن قولهما او من رجلين لكنه في قوله وبخلاف ما اذا اجر من رجلين عن ذلك يعرف بالتامل وقوله وبخلاف
ما اذا اجر من رجلين جواب عن ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك
فيما بينهما طارئ فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة على حسب [illegible]
لان للاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فرع لان العقد الغير

ولم يقتصر على المسلم لان الشيوع اما ان يكون في العين او المنفعة فان كان الاول فقد منع عن الهبة والرهن دون التسليم في الاجارة وان كان الثاني فقد منع عن التسليم فيها ان كان ابتداء وان كان طارئا لم يمنع وذلك لان الشيوع في المعقود عليه مانع وهو في الهبة والرهن العين وفي الاجارة المنفعة لم

اللازم

اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء تسقط الاعتراض
وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها والصواب ان يقال الطارئ ان ما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما
لا يشك فيه قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة استيجار الظئر باجرة معلومة جائز لقوله تعالى
فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي
والقيام به واللبن تبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل
هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح
ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه
ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف
هذه الجهة بقوله ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجرة وبين هو المختار عنده بقوله والاول
اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب
لبنها وعدم استحقاق الاجرة عند الارضاع بلبن الشاة ولعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف
ما اعرض عنه شمس الائمة بعد رؤيته الدليل الواضح وهو تقليد محض لان الدليل ليس بواضح لان
مدلول قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع واستخدام امر معاش الصبي على
وجه خاص يتعلق بامور ومن شرطها اللبن في محل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية
ان عقد الاجارة ينعقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يثبت
له بما روي عن سماعة عن محمد انه قال استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه
وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية
ولئن كان فمعناه ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا
او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك وقوله واذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة
بهذه الطريقة فيصح ان اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستيجار عبد للخدمة مثلا فان قيل
قد علم من اول المسألة جوازها حيث صدر الحكم واستدل فما فائدة لهذا الكلام قلت لعل
جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم صرح لانه ثبتها بالقياس ويجوز ان يكون توطئة لقوله ويجوز
بطعامها وكسوتها يعني جازت باجرة معلومة كسائر الاجارات وبطعامها وكسوتها ايضا
استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظار شفقة على الاولاد
نزعت الجهالة بخلاف ما اذا استاجرها من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة
فيها تفضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر في رواية الجامع الصغير اشارة
الى ما يحتاج اليه علم بمعرفة الجنس والاجل والمقدار [illegible] قوله فان سمى الطعام دراهم
ما ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه اي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية
وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحمل ان يكون معناه سمى
الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حسن ولو قدر

في كلام المصنف لفظة بان لقائل ان يجعل الاجر دراهم بلا اتى الى ذلك وهذا اى جعل الاجر على
هذا الوجه الجهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تاجيله اى تاجيل الطعام
المسمى اجرة لان اوصافها اى اوصاف الطعام تاويل الحنطة اثمان اى اوصاف اثمان
من وجوبه في الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تاجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه
لانه في السلم مبيع وان كان دينا فا يشترط تاجيله بالسنة ويشترط بيان مكان الايفاء
اذا كان له حمل ومؤنة عند ابى حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد مر في البيوع والباقي ظاهر
قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها ه وطي المراة حق الزوج فلا
يتمكن المستاجر من ابطاله ولهذا كان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به اى بعقد الاجارة
صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج مما يشينه ظئورة زوجته
اولا وهو الاصح انها ان كانت ترضعه في بيت ابويه فله ان يمنعها الخروج عن منزله
وان كانت ترضعه في بيته فله ان يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كان للمستاجر
ان يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت
كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان
الخوف عذرا يفسخ به الاجارة كما لو مرضت قوله وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل
يعني العمل الراجع لمنفعة الصبي على الظئر والباقي ظاهر وقوله وان ارضعته في المدة
بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس
بارضاع دليل ظاهر على ما قدمنا فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل لا لانعدام اللبن ولهذا لو
اوجرت الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الاجر فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل
دون العين وهو اللبن وقوله انه اختلف العمل بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ
وهو انه مر بعضهما لانه فان قيل الظئر اجير خاص او مشترك اجيب بانها اجير
على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق
من حلي الصبي او ثيابه شيء لم تضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها
في المدة الا ترى انه ليس لها ان تؤاجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص امين فيما في يده
وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما يدل على انها يجوز ان
تكون خاصة ومشتركا فانها لو اجرت نفسها لقوم ليس لهم ان يمنعوها من ذلك ولم يعلم الاولون فارضعت
كل واحد منهما وفرغت اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على
انها يحتملها فقلنا بانها يستحق الاجر منهما كما لا يستحقها بالاجير المشترك وقد تقدم نظرا
قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه ه ومن دفع الى حائك غزلا
لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استاجر حمارا يحمل طعاما له بقفيز منه لانه
في معنى قفيز الطحان في جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن

قفيز

٢١٧

قفيز الطحان وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به
فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان العرف دينا على ذلك وجب ان يترك به القياس
قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل
لا نسلم بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ
في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عن ذلك في موضعه
قوله والمعنى فيه يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر
وهو بعض المنسوج او المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره واذا ثبت
فساد العقد كان للحائك اجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منافعه بعقد فاسد فكان له اجر مثله
وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى
ولا اجر المثل لان المستاجر ملك الاجير الاجر في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجر بحكم التعجيل يوجب
الملك في الاجر فصار حاملا طعاما مشتركا ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر
لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وقوله بالنصف الاخر يلوح الى مسئلة
وهو ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لكونه في
معنى قفيز الطحان ويجب له اجر المثل لا يجاوز به فيه نصف الكر وقوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا متصل بقوله
ولذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى
ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر
بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى وهو نصف الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحط واما عند ابي يوسف
فلا يجاوز به نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب
احدهما وجمع الاخر واما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء قال
ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم ه المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع [illegible]
اعلاه كيلا ان زاد او نقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين
واليوم منصوب على الظرفية ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو
فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل
حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لان المقصود
هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال
كانه يعلق العقد به فكانه استاجره للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والحمل على هذا مما
لا بد منه تحصيلا لتصحيح العقد ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لانه ذكر امرين
كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليه وذكر العمل يوجب
كونه معقودا وليس احدهما اولى من الاخر والجهالة مفضية الى النزاع تفسد العقد ولهذه

كذلك كان نفع المستاجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لا يستحقه فقد يسلم نفسه ولئن لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجير اجره نظرا الى الاول ويمنعه المستاجر نظرا الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتعارض الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة رحمه الله اجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا استاجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على ان يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينهما وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للمتاخر فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز ولذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها بمعنى الشرط على ما عرف في موضعه فحملت على شرط لا يلزم مراعاة التعجيل بوقته ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المذكور في الكتاب انه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكانه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه ويلزم الجهالة لما قلنا ومن استاجر ارضا على ان يكربها [illegible] في هذا الى الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استاجر على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تتاتى الا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكرهما لا يوجب الفساد ولو شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء اثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد ولان موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير [illegible] بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان ردها مكروبة فلا شك في انه لا يقتضيه لان الزراعة لا تتوقف عليه ولئن كان المراد به ان يكربها مرتين فيجب ان يكون هذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه لئن كان في موضع لا تخرج الارض الا بالكراب مرتين او كانت تخرج بالكراب من الان مدة الاجارة كانت ثلث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة واما كري الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول التي منفعته في العام القابل وتاه المصنف وقال ان المراد منها الانهار هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل دون الاول واذا استاجر ارضا ليزرعها [illegible] لا يجوز اصلا ولذا الاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي رحمه الله هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة بدين اي باجرة هي دين على المؤجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين ولنا في ذلك طريقان احدهما ان الجنس بانفراده

يحرم

يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وقد تقدم بيان ان الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهي البيع الى هذا اي الى هذا الطريق اشار محمد رحمه الله وهو ما روي ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك اطلت الفكر فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجبائي اسم محدث كان ينكر الخوض في هذا الباب ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول ان الباب لا يكون عن اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور فيما دله موجود في الحال وما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانه لما اقدما على عقد يتاخر المعقود عليه وفيه يحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فالالحاق به يكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فالالحاق ليس شبهة الشبهة وعن الثاني بان الذي لم يصححه الشافعي اقامة العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصحح الفساد لانافيه ولزم وجود احدهما حالا وعدم الاخر وتحقق النساء ويجوز ان يسلك طريق اخر وهو ان يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الاخر او لا فان كان الاول لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فلا بد لعدم المعقود عليه لانه لما [illegible] غير خاص لجواز ان يحتمل موجودين لان بطلانه قد تقدم والثاني ان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس لحصول مقصود بما هو من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالي بالكالي واجيب بانه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم يصححه الشافعي اذا استوفي احدهما المنافع وجب عليه اجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفي منفعة بحكم عقد فاسد فعليه اجر المثل وروي بشر عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت كما لو واذا كان الطعام بين رجلين ... واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له يعني لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعني الطعام المشترك او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين وقيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر واجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستيجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر بخلاف من هذا واجارة المشاع فانها ايضا فاسدة عنده ولو استوفي المنفعة وجب عليه اجر المثل

بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقد فإذا استوفى المنفعة وجب
وأما ههنا فإنه متعذر أصلا فلا يجب قوله بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك
لأن البيع تصرف حكمي أي شرعي والتصرف في الشائع يتأتى شرعا كما إذا باع أحد الشريكين
نصيبه وقوله لأنه ما من جزء دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء إلا
وهو شريك فيه وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق
أجرا على غيره لعدم تحقق التسليم إليه ولقائل أن يقول لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل
لنفسه ولغيره والأول ممنوع فإنه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعل نفسه
لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لأن عمله لنفسه
أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس للحاجة وهي تندفع
بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق
وقوله بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه
أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فإنه إذا تسلم البيت
ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الأجر بخلاف الحمل فإن المعقود عليه هو الحمل وتسليمه
في الشائع لا يتحقق كما مر وقوله بخلاف العبد جواب عن قياسهم على استئجار العبد المشترك
ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن إيقاعه
في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل فإنه فعل حسي [illegible] والضابط أن كل موضع لا يجب فيه الأجر
إلا بإيقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة
المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استأجر أرضا ولم يبين أنه للزراعة أو لغيرها أو بين أنها للزراعة
ولم يبين ما يزرع فيها فالإجارة فاسدة للجهالة في المعقود عليه لأن الأرض كما تستأجر للزراعة
تستأجر لغيرها كالبناء والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف منه ما يضر بالأرض أكثر من غيره
كالذرة والأرز فإن ضررهما أكثر من ضرر الحنطة والشعير فجهالة المعقود عليه تفسد العقد
فإن زرعها ومضى الأجل وجب المسمى استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر
لأنه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام
العقد بنقض الحاكم موضوع ما وقع فيها من الزرع لأن الإجارة عقد ينعقد للاستيفاء فإذا
شاهد الزرع في بعض المدة وعرف أنه هذا وليس بضار صار كأن ارتفعت الجهالة المفضية
إلى النزاع من ذلك الوقت ولم يبق [illegible] من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لأن كل جزء منه
بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما إذا استأجر ولم يبين الدراهم
مثلا ثم أسقط الأجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكما إذا باع بشرط الخيار إلى أربعة أيام ثم
أسقط الرابع قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فإن زفر رحمه الله يخالف في ذلك
أيضا لكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره ههنا بطريق المناظرة لا يقال ذكر هذه
المسألة تكرار لأنه ذكر في أول باب ما يجوز من الإجارة ويجوز استئجار الأراضي للزراعة
ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير

يشتمل

يشتمل على زيادة فائدة وهي قوله ولم يزرعها ومضى الأجل فله المسمى ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم
ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لأن الإجارة وإن كانت فاسدة
فالعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لأن حكم الفاسد إنما يؤخذ من الجائز إذ لا حكم للفاسد بنفسه
لأن مباشره مأمور بنقضه فلا بد ولم يوجد من الصحيح حكم فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى استحسانا
كما مر في المسألة وهي قوله وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فإنه لما حمل عليه ما يحمل
الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى
وإن اختصما قبل أن يحمل عليه ومن المسألة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعا للفساد لأنه قائم بعد

باب ضمان الأجير

لما فرغ من بيان أنواع الإجارات شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان

قال الأجراء على ضربين الأجراء جمع أجير وهو على نوعين أجير مشترك وأجير خاص
والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري فتأمل وتعريف الأجير المشترك بقوله من لا
يستحق الأجرة حتى يعمل أيضا تعريف دوري لأنه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك
فتكون معرفة المعرَّف موقوفة على معرفة المعرِّف وهو الدور وأجيب بأنه قد علم مما سبق في
باب الأجر متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرَّف وقيل
قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين وإذا
انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار رجا أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لأن المعقود عليه
ينافي ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق أن يقال
إنه من التعريفات اللفظية وقوله لأن المعقود عليه إذا كان العمل كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه
لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الأجرة حتى يعمل سمي بالأجير
المشترك لأن المعقود عليه إلخ ويؤيده قوله فمن هذا الوجه سمي مشتركا والمتاع أمانة في يده
إن هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة وهو قول زفر رحمهما الله ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب
كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك
ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به ولو احفظ إذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه
ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه بعض من جنسه موجب الضمان كالوديعة إذا كانت
بأجر فإنهما يقولان إنا نصور المسألة في حافظ لا منعه بأجر فهلك الأمتعة فإنه يضمن وإن كان العين عنده
أمانة بخلاف ما إذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب ونحو ذلك لأنه
لا تقصير من جهته ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين أمانة في يده لأن القبض حصل بإذنه ولهذا لو هلكت
في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب
فإن قيل الاعتبار ليس بصحيح لأن ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وفيما فات بما أمكنه التحرز
موجب الضمان والغصب ليس كذلك أجيب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا وذلك
لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لإقامة العمل

فكان تبعا ولهذا لا يقابله الاجر واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان
بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى تقابله الاجرة ـــــ وما تلف بعمله
كتخريق الثوب من دقه وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال
وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امر بالفعل مطلقا اذا استاجره ليدق الثوب
ولم يزد على ذلك فيتناوله على السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق
فصار كالاجير الواحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن اي الامر هو الداخل تحت
العقد لان الامر انما العقد او لازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو
الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى
لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد
مامورا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما
نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده والمتبرع لم يلزمه جواز الامتناع عن التبرع فيه فيحصل له الغرض
لغير من تبرع له ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان اسلم وكلام الاجير يعد
على ما نذكر قوله وانقطاع الحبل جواب عما عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الاجير فما وجه
ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان من صنيعه الا انه لا يضمن به اي بفعله بني ادم
ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي
وضمان الادمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود
ومن استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه
قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه
وانما وضع المسألة في الفرات لان الدنان كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك
وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد تقدم
ان كل ذلك من صنعه ولم يدخل تحت العقد واما الخيار فلان العاقد يقتضي ان لا يجب عند ابي حنيفة
ان يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب
ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع
تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي
عند الكسر فيميل راي المجتهد بين الجهتين فان شاء اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من الحمل
وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى اصلا واذا قصر القصار الثوب
ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة
وانما اعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري وكل منهما يشتمل على نوع من البيان
اما في القدوري فلانه ذكر علم التجاوز عن الموضع المعتاد ويستفاد انه لم يجاوزه واما

في

واما في الجامع الصغير فلانه من الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك ويستفاد انها اذا
لم يكن بامره ضمن ووجه ذلك ان الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل
والتحرز عنها غير ممكن لانها اي السراية تبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك
مجهول والاحتراز عن المجهول غير مقصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس
عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل ان يخرج
العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول
بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتابين ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد
وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منهما قدر الضمان على تقدير الحيوة والموت اجيب بان ذلك بحسب
قدر التجاوز حتى ان الختان اذا اخذ بقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات فعليه
نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد اثر جنايته انتقص ضمانه اجيب
بان محمدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في
النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس
بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة
كان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل ... التنصيف في البدل يعتمد التساوي في
السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان
كقطع اليد مع حز الرقبة اجيب بان ذلك كل واحد يحتمل ان يقع تلافا وان لا يقع
والتفاوت غير مضبوط فكان هدرا بخلاف الحز فانه لا يحتمل ان لا يقع تلافا قال رحمه الله
والاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل
كمن استؤجر شهرا للخدمة شخصا او لرعي غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب
عنه فعليه بمثاله وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر قوله ولهذا اي ولان الاجر
مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل على بناء المفعول
بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل
ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على
ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى
بتمام العمل ولو كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق
الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان فتق الاجنبي لا يمكن ان
ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا ولو كان اجيرا خاصا ففتقه استحق الاجر ولا يضمن ما تلف
في يده بان سرق منه او غاب او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم في عمله او تخرق

الثوب من دفعه اذا لم يعقد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول فهو ما اذا
تلف في يد فلان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه وهذا ظاهر عند ابي حنيفة وكذا عندهما
لا يضمن الاجير المشترك بنوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يقول اعيانا كثيرة
رغبت في كثرة الاجر وقد يعجز عند فضاحن الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يا خذ
الا ما يقدر على حفظه والاجير الواحد لا يقبل العمل بل يسلم نفسه فتكون السلامة غالبة
فيوخذ بالقياس واما الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة
للمستاجر بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امره بالتصرف في ملكه
صح وصير المامور اي الاجير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه
فلهذا لا يضمنه والله اعلم باب الاجارة على احد الشرطين لما فرغ من
ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد
قبل الاثنين قال رحمه الله واذا قال للخياط اذا قال رجل للخياط ان خطته هذا
الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق واي العملين عمل استحق
الاجرين بلا ثلاثة اشيا اما اذا كان بين اربعة اشيا فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع
دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر
انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد
فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم
وان خطته غدا فبنصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان
خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان
جائزان فبايهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد
قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ما ذكره زكي
ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم
بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر
الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه كان
في بعد اقتضا اذ ليس لتعداد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم
فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا في اليوم مع عقد اليوم
واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع
المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين
على البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا
والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل فانه يتعين الاجر للزومه عند العمل كما
تقدم

تقدم ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت لانه حقيقته فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم
مقتصرا على اليوم فبانقضا اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضا الوقت وذكر
الغد يعني للتعليق اي للاضافة فان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت
في المستقبل فيكون مرادا لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال
فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قوله ولان التعجيل والتاخير مقصود دليل آخر
لهما ومعناه ان المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون
مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فايدة فيفوت ذلك
ويكون التاخير مقصودا ايضا باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة
الفارسية والرومية ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة اي للاضافة ويجوز
ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان
التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف الاجر بالتاخير فيكون معناه وذكر الغد
للتعليق اي للتعليق الحط بالتاخير وهو للتاخير واذا كانت الحقيقة يمكن العمل
بها لا يحوز المصير الى المجاز واذا كانت للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن
حمل اليوم على حقيقته التي هي التاقيت لان فيه افساد العقد لاجتماع الوقت والعمل
فاذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجيرا وحده
وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجر ما لم يعمل وذكر
الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات
ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وحينئذ تجتمع في الغد
تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل ولقايل
ان يقول في جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت
فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد
الاجارة الاولى يلزم في ضمن صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول ابي حنيفة
مسالة المخاتيم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت وافسد العقد وههنا للتعجيل وصححه
واجيب بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة لا يترك الا اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما في
فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان

الاجر المتاخر حالة الانفراد لا دليل ثمة على الجواز وكان الفائت مراداً او فسد العقد
ورد بان دليل الجواز قايم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراداً نظراً الى ظاهر الحال
والجواب ان الجواز بظاهر الحال في دليل حيز النزاع فلابد من دليل زايد على ذلك وليس
بموجود حالة التاخير فيه فان نقصان الاجر دليل زايد على الجواز بظاهر الحال ومما ذكرنا
علم ان القياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب اجر المثل
فقد اختلف الرواية عن ابي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روي عنه ان له في اليوم الثاني
اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري هو
الصحيح وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى
لا ينعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان
خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه اذا
لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى وعندهما فالصحيح انه
ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه رحمه الله ولو قال ان سكنت في هذا
الدكان عطاراً فبدرهم ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم وان سكنته
حداداً فبدرهمين ولو استاجر بيتاً ان سكنت فيه فبدرهم وان سكنت حداداً
فبدرهمين ولو استاجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان
حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جايز عند ابي حنيفة خلافاً لهما وان استاجرها
الى الحيرة بدرهم فان جاوزها الى القادسية فبدرهمين فهو جايز ويحتمل الخلاف وانما
قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقاً فيحتمل ان يكون هذا قول الكل
ويحتمل ان يكون قول ابي حنيفة خاصة كما في نظايرها وجه قولهما ان المعقود عليه احد
الشيئين وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف
الجهالتان قيل مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه
والاجر ثمة يجب بالعمل وعند وقوع العمل يرتفع الجهالة بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر ثمة يجب
وكانت صحيحة اجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والقادسية لان الاجر ثمة يجب بالتخلية في الدار والدكان
بالعمل وعند توقع الجهالة اما في هذه المسئلة فالاجر يجب بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة
والتسليم في العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف اي قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة
هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية
والفارسية وهذا اي كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا يرى انه
اي اسكان الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في اخواتها قوله والاجارة جواب عن
قوله يجب الاجر بالتخلية الى اخره وتقريره ان الاجارة تعقد للانتفاع وعند توقع الجهالة
اما قبل الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به ولو احتيج الى ايجاب الاجر لمجرد التخلية

بان تسلم

بان تسلم ولم ينتفع به حتى تعلم المنفعة يجب اقل الاجرين للتيقن به والله اعلم باب
اجارة العبد ماخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بالخاطر
درجته ومن استاجر عبداً ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر
تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الاطلاق واعترض بان المستاجر في ملك منافعه
كالمولى وللمولى ان يسافر بعبده فكذا للمستاجر اجيب بان المولى انما يسافر بعبده لانه
يملك رقبته والمستاجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى داراً فصالحه المدعى عليه على خدمة
عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مونة الرد
في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه
يقرر حقه في الاجر والمستاجر اذا سافر بالعبد يلزم الموجر ما لم يلتزمه من مونة الرد وربما
يربو على الاجرة واما في الصلح فمونة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر
يلتزم مونة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج ان يضم الى علته وهو
قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيداً وهو ان يقول ويلزمه مونة الرد ولعل الصواب
ان يقال لا نسلم ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على
الاطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً وليس كذلك بل يملكها بعقد ضروري
يتقيد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لم يتقيد به المولى والعرف يوجبه او وقع
صور مونة الرد على ما ذكرنا يوجبه ولهذا جعل السفر عذراً يعني اذا استاجر غلاماً
ليخدمه في المصر ثم اراد المستاجر ان يسافر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يملك
من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر فكان عذراً تفسخ به الاجارة
قوله فلابد من اشتراطه متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق ولان التفاوت
بين الخدمتين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا تعينت الخدمة في الحضر
لا يبقى غيرها داخلاً كما في الركوب فانه اذا استاجر دابة ليركب بنفسه ليس له ان
يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذا ههنا ومن استاجر عبداً محجوراً عليه
شهراً فعمل واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يسترد منه الاجر استحساناً وفي القياس له
ذلك لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستاجر
غاصباً بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه يجب للمولى قيمته
دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان
ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار الهلاك بالاستعمال
والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له ان يسترد منه قال

رحمه الله ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن عند
ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة صحت على ما مر وجه
الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور مادون في النافع ولابي حنيفة ان الضمان انما
يجب باتلاف مال المحرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب
اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد
المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب
فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه اجيب
بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي
غير محرزة وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض
العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مادون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر من
قوله والنافع مادون له فيه كقبول الهبة واذا كان مادونا وهو العاقد
رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر في حق خروج المستاجر
عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا اجر العبد المغصوب
نفسه فان اجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان
اجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استاجر
عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول
باربعة لانه المذكور اولا والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك
لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة
فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو قال استاجرتك هذا العبد شهرا
وسكت فانه الى ما يلي العقد ونظرا الى تنجيز الحاجة فان الانسان انما يستاجر
الشيء لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول
الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول وصورة قيل مبنى هذا
الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب
بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من المنكر
فكان للموجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة

فقال

فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة قوله ومن استاجر
عبدا بدرهم الى اخره ظاهر خلا قوله فيرجح بحكم الحال فانه استشكل بان الحال يصلح للدفع
دون الاستحقاق ثم لو جاء المستاجر العبد وهو صحيح فالقول للموجر ويستحق الاجر
فكانت موجبة للاستحقاق وليست بناهض لان المصنف اشار الى دفعه بقوله وهو
يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه وبيانه ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع
تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل
الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا الاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لا ستحقاق
السقوط بعد الثبوت لا موجبة باب الاختلاف في الاجارة لما
فرغ من اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر احكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف
انما يكون بعارض قال رحمه الله واذا اختلف الخياط ورب الثوب ان اختلف
المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة او الحمرة والصفرة
فالقول قول من يستفاد منه الامر وهو صاحب الثوب عند علمائنا لانه لو انكر اصل
الاذن كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن بعد اليمين لانه انكر ما لو قربه لزمه
فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى
كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا
بدرهم فخاطه قباء واعترض بان هناك اتفق المتعاقدان على المامور به والاجير
خالف وهنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك واجيب بانها مثلها انتهاء
لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله
فلم يبق لاختلاف الاجراعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء وذكر في بعض نسخ القدوري
يضمنه اي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعني قوله لا يجاوز به
المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد
وجه الظاهر وهو الاصح ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون
في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند فساد السبب
ووجه رواية محمد ان الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في
وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصباغ باجر فالقول لصاحب

الثوب عند ابي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع
يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له وذلك
بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر تعين
جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة
بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على
الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان
مدفوع لان الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع والله تعالى اعلم

باب فسخ الاجارة

تاخير هذا الباب عما قبله ظاهر
المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة قال رحمه الله ومن استاجر دارا
تفسخ الاجارة بعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار
عندنا خلافا للشافعي فاذا استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا
اذا استاجر عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه واما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط
لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهب احدى عيني العبد فلا تفسخ له قوله لان المعقود
عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل
ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب
الخيار كما في البيع وعلى هذا الاثر وبين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستاجر
او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستاجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم
المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان
المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا ازال الموجر
ما به العيب لا خيار للمستاجر لزوال السبب واذا خربت الدار او انقطع الماء عن الرحى
انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا وصحح النقل هذا القايل بما ذكر في كتاب البيوع
ولو سقطت الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غايبا فيه اشارة
الى ان عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب
الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك
بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات
المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ وصحح
النقل بما روى هشام عن محمد فيمن استاجر دارا فانهدم فبناه الموجر ليس للمستاجر

ان يمتنع ولا للموجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ واستدل على ذلك
بان المنافع فات على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع قوله ولو انقطع
ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود
عليه اورده استشهادا به على انه لا ينفسخ بانقطاع الماء واذا مات احد المتعاقدين
وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة به او الاجرة
المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز
لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان
عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك
قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث واما اذا عقدها لغيره كالوكيل
والوصي والمتولي في الوقف لم ينفسخ لانعدام ما اشرنا اليه وهو صيرورة المنفعة
لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت
كذلك وكذلك ونوقض بما اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط
الطريق فان للمستاجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات احد المتعاقدين
وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله
حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه
فيستاجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا اذا وجد ثمة دابة اخرى يحمل عليها
متاعه تنتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه لا
ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ثاني البقاء وهو موت الماجور واذا ثبت
الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد
نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل
فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قلنا انها لما مات العاقد
لنفسه انفسخ ولم نلتزم بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله
ووجه منعه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو
صيرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير ما انعقد له مستحقة بالعقد موجود
فيهما فينفسخ لاجله والله اعلم قال رحمه الله ويصح شرط الخيار في الاجارة

اذا استاجر دارا سنة على انه اي الموجر بالخيار فيها ثلاثة ايام فهو جائز عندنا وفي احد قولي
الشافعي لا يجوز لان الخيار اذا كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه
وان كان للموجر فلا يمكن تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصله
ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا
ههنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار
فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي لئلا يقع فيه الغبن وفوات
بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم فكذا خيار الشرط قوله عقد معاملة
احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيها
لا يصح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه وانما كان فواته في
الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط
فيه دونها لان التكليف انما يكون بحسب الوسع ولهذا اي ولان رد الكل ممكن في البيع
دون الاجارة يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة لان التسليم
بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها
اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم او لم يطلب ثم تحاكما ليس للمستاجر ان يمتنع من القبض
في بقية السنة عندنا ولا للموجر ان يمنعه [illegible] قال الشافعي للمستاجر ان يفسخ العقد
فيما بقي بناء على الاصل الذي بينا ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات
بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام
وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفرق الصفقة وعلى
هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستاجر بيانا فرع اخرجناه لا استشهادا حيث لم يكن الخصم
قائلا به قال رحمه الله وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا تفسخ الاجارة بالاعذار
عندنا وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب بناء على ما مر مرارا ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان
حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع
غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ
به كالبيع اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو اي المعنى الجامع عجز العاقد
عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا
والشافعي يحتج بما اذا استاجر رجلا ليقطع يده للاكلة وقعت بها ثم برئت فانه لا يجبر
المستاجر ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع او استاجر انسانا ليتخذ وليمة العروس
فماتت العروس او استاجر رجلا ليقطع يده للاكلة وقعت بها ثم برئت فانه لا يجبر المستاجر
على قلع

على قلع الضرس واعادة الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها التزام ضرر زائد
لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال ثم قوله
اي قول القدوري في المختصر فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في النقض وهكذا
ذكر في الزيادات في عذر الدين قال في الجامع الصغير وكلما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه
تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى القاضي وذكر وجهه في الكتاب وذكر في الوجه الاول
انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الائمة السرخسي
ما ذكر في الزيادات وصحح قاضيخان والمحبوبي قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج
الى القضاء لظهور العذر اي لان يظهر العذر قوله ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا
له من السفر اي ظهر له فيه رأي منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع نبينها قوله ومن اجر عمله
ثم باعه فليس بعذر هو لفظ اصل الجامع الصغير لكن هل له ان يبيع بعدما اجر اختلفت
الفاظ الروايات وقال شمس الائمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق
المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله اما الذي يخيط
باجر من ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق منه الا فلاس قيل وانما يتحقق
افلاسه بان تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او تلحقه ديون
كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا يأتمنون على امتعتهم قوله ومن استاجر غلاما ليخدمه
في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال الموجر لا يريد السفر لكنه يريد فسخ الاجارة واصر
المستاجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عن من يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضي
يسألهم ان فلانا هل يخرج معكم او لا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر
القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر جعله مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر
الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر واليه
مال الكرخي والقدوري مسائل منثورة معنى المسائل المنثورة قد تقدم والحصد
الزرع اي جزه والحصاد جمع حصد وحصيد وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما
يبقى من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الرياح هادنة
قال في النهاية بالنون من هدن اي سكن وفي نسخة هادية من هدأ بالهمز اي سكن وهذا
التفصيل الذي ذكر من الهادية والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسي قوله واذا
اقعد الخياط يعني اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس

ولا جاه ولكنه غير حاذق فاتفقا في دكانه رجلا حاذقا يتقبل صاحب الدكان العمل
من الناس فيعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا
وفي القياس لا يجوز لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس مال
الشركة ولان المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل اجيره بالنصف
وهو مجهول وان يتقبل العمل العامل كان مستاجرا لموضع جلوسه من دكانه بنصف
ما يعمل وهو مجهول والطحاوي مال الى وجه القياس وقال القياس عندي اولى من
الاستحسان وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنايع
وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من
الناس والاخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل
بها قال صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل
هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليست كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر
اجيب بان الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء اذ
ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والاخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشي بالذكر
لا يدل على نفي ما عداه فامكن اثبات [illegible] في التقبل اقتضاء فكانهما اشتركا في التقبل
صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم يتقبل احدهما ويعمل الاخر جاز فكذا هذا هذا
هو المذكور في عامة الشروح وهو يخالف لما ذكره المصنف فانه قال لان هذه شركة
الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا لوجاهته يتقبل وهذا بحذاقته يعمل السبب
لشركة التقبل والله اعلم واذا كانت شركة الى اجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل
كما في الشركة وقوله ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا ظاهر والوطا الفراش والدثر
جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء او غيره قوله رد الزاد معتاد جواب عما يقال
مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم ياكلون من الزاد ولا
يردون شيئا مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد الماء والعرف
المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهو انهما اطلقا العقد على حمل قدر
معلوم ولم يقيد بعدم رد قدر ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا
بالاطلاق وعدم المانع والله اعلم تم الجزء الثالث بحمد الله وعونه
ويتلوه ان شا الله تعالى الجزء الرابع كتاب المكاتب
وحسبنا الله ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم

انتهى الجزء الثالث من العناية شرح الهداية للعلامة اكمل الدين